HENRICI HAHNII
JURIS CONSULTI.
OBSERVATA THEORETICO PRACTICA,
AD
MATTHÆI WESENBECII IN L. LIBROS
DIGESTORUM COMMENTARIOS ET IN HOS EDITAS REINHARDI BACHOVII NOTAS ET ANIMADVERSIONES.

DN. HENRICI HAHNII JCti

CODICIS IN ACADEMIA JULIA PROFESSORIS, FACULTATIS JURIDICÆ SENIORIS, ET DICASTERII WOLFFERBYTANI ASSESSORIS

OBSERVATA THEORETICO-PRACTICA,

AD MATTHÆI WESENBECII IN L. LIBROS DIGESTORUM COMMENTARIOS, ET IN hos editas REINHARDI BACHOVII Notas & Animadversiones:

Variis juris Responsis & Decisionibus firmata.

Inserto fideliter textu Wesenbeciano, ad quem se referunt, nec non plurimis ad justi & injusti, in primis moralia & politica principia, veram juris Philosophiam, revocatis.

TERTIUM RECOGNITA, EMENDATA, PLURIMUM AUCTA.

PARS PRIOR.

Cum Indice Rerum & Verborum locupletissimo.



COLONIÆ AGRIPPINÆ,
Sumptibus HERMANNI DEMEN, Sub signo Monocerotis.

ANNO M.DC.LXXV.

Cum Privilegio Sac. Cæs. Majestatis.

-:(o):-

PRÆFATIO
JOANNIS EICHELII
Pandect. in Acad. Julia Profess. Publici, &c.&c.
BEATI HAHNII GENERI.

INgens illa librorum moles, quâ olim Justiniani Imperatoris ætate, jus civile laborabat, videtur & hodie non minùs negotii facessere discentibus; quàm olim peperit difficultatis. Si enim à primo illo Irnerii tempore, quando primus in Italia latens jus civile è tenebris protulit, monumentorum illorum, quæ vel in Instit. Imperiales, vel Pandectas, vel Codicem, vel Novellas, vel Feudorum libros, vel universim, vel in partes saltem, Titulos, puta, leges & §§. earundem à diversis JCtis edita sunt, numerum ineamus; illique eos addiderimus, qui consiliorum, responsorum, definitionum, decisionum, observatorum, conclusionum, recitationum, repetitionum, summarum, regularum, conciliationum, disputationum, controversiarum, commentariorum, practicarum, processuum, dispunctionum, vasta condidère volumina; & illos junxerimus, qui de singulis materiis particulariter integros & justos confecerunt Codices, ut à Mascardo factum est in probationibus, à Tiraquello in primigeniis, à Gilkenio in usucapionibus, à Rulando in Commissionibus, à Fridero in processibus, à Zangero in Exceptionibus, à Rosenthal & Schradero in Feudis, à Knichio in Territoriis, ab Heringio in fidejussionibus, à Sixtino in Regalibus, à Magero in Advocatiis & ab aliis plurimis in aliis innumeris propemodum illustribus argumentis, deprehendemus tantam illorum multitudinem, cui perlegendæ nullius hominis vita ne quidem longissima ulla ratione sufficere possit. Qui tamen omnes suavi consensu eò unicè collimant, certè debent, ut jus, quod in receptis libris continetur, & consuetudine introductum est, & facilius intelligi, & feliciùs causis in foro ventilatis applicari queat; tametsi id fiat fructu & felicitate dispari. Alii enim præ aliis feliciùs id præstant, prout vel in meliora tempora inciderunt & doctos & peritos præceptores nacti; vel ipsi ingenio, vel usu rerum excelluerunt, iisque præsidiis tum humaniorum literarum & antiquitatis, tum solidioris cognitionis Philosophicæ, practicæ præcipuè fuère imbuti, sine quibus solida civilis juris cognitio, aut certè ejus prudentia, tantùm abest, ut parati possit, ut illorum quidem cognitio, qui jus civile absque illis subsidiis interpretari aggressi sunt, vel pro Grammatica, vel historica notitia veriùs, quàm juridica jure meritò haberi debeat. Est enim inter interpretes juris civilis, quod libris Justinianeis continetur, longè maxima differentia. Multi enim, præprimis autem illi, qui statim post Irnerium vixerunt, linguæ Romanæ, omnisque ejus antiquitatis, formularum, rituum priscorum, ipsiusve Reip. status, ejusque creberrimarum mutationum, earumque causarum & hinc ortorum diversorum jurium, nec non & politicæ seu civilis sapientiæ, cujus studia tum temporis alto somno erant sopita, fuère propemodum prorsùs rudes & expertes; uti illorum hominum commentarii multis iisque crassis & ridiculis erroribus referti satis abundè testantur. Quæ tamen ignorantia non tam ipsis, satis aliàs ingenio valentibus, quàm temporum infelicitati, in quam ipsorum ætas incidit, tribuenda est. Deprehendes verò alios, qui felicioribus illis sæculis, ubi Dei peculiari beneficio litteræ & artes liberales, præsertim verò lingua & Græca & Latina, tum in Latio, tum etiam in Cismontanis regionibus efflorescere cœperunt, ad illustrationem juris civilis, præter grammaticam notitiam, quam vulgò criticam appellant, attulère propemodùm nihil. Accidit illis, quod ut plurimum rei novæ cupidis accidere solet, ut scilicet illa præ reliquis cupidiùs appetatur, & saltim non unicè excolatur, neglectis interim aliis non minus, aut fortè etiam magis necessariis. Novitas enim pariter & suavitas purioris idiomatis & Latini & Græci

PRAEFATIO.

Græci adeò Jurisconsultorum animos ad se rapiebat, ut in illo & eruendo & illustrando propemodùm toti essent, & ad juris civilis illustrationem alio adjumento ferè non opus esse arbitrarentur, certè multi illorum aliud tum temporis non adhibuerint. Tametsi verò accurata & solida cognitio linguæ illius, quâ jus vel leges perscriptæ sunt, Interpreti seu JCto summè sit necessaria; cum numquam mentem legislatoris assequetur, nisi & linguæ, quâ legislator locutus est, sit peritus; ejus tamen sola notitia neminem efficiet interpretem aut JCtum, cum & longè plura ad eum ambitum requirantur, & quilibet, modò linguæ, quâ LL. perscriptæ sunt, guarus esset, statim idoneus esset interpres aut JCtus. Quâ quidem persuasione multi sibi blandiuntur; sed & se & alios miserè decipiunt. Linguis, Romanâ & Græcâ pleraque perscripta sunt, quibus universus sapientiæ humanæ & divinæ (si linguas orientales excipias) ambitus continetur, circa quem Theologi, Jurisconsulti, Medici & Philosophi, occupantur, non tamen illi, qui harum linguarum notitiam sibi parârunt, statim vel nomen Theologi, Jurisconsulti, vel Medici aut Philosophi tueri aut munus eorum explere possunt. Quapropter laudanda magnopere illarum Interpretum juris est industria, qui sordes, quibus nitidissimi aliàs juris libri, inter quos præcipuè Pandectæ eminent, vel à primis ejus Compilatoribus, Ministris Justineaneis vel eorundem interpretibus fœdati erant, deterserunt, illos pristino nitori & elegantiæ restituerunt, veterum usitatas formulas & priscos ritus è tenebris, quibus sepulti erant, eruerunt, & verum sensum multorum difficillimorum locorum solidè monstrârunt, & hâc ratione faciliorem intellectum juris permultum adjuverunt; id tamen, quod in interprete inprimis requiritur, si ingenuè fateri velimus, non præstiterunt. Cernere quoque licet inter eos, qui nihil aliud scriptis prodiderunt, quam quod in illo loco, in quo vixerunt, obtinuerit & obtineat; quorum scripta nihil aliud quam historiam juris illius localis, quod tradunt, continere censenda sunt, & à dignitate interpretis adhuc longissimè absunt. In quem censum referendæ sunt observationes, præjudicia, Res judicatæ, judicata, Decisiones, Arresta, Res quotidianæ & si quibus aliis titulis proscribantur. Nec desunt, qui simpliciter ex libris Justinianeis jura, uti ibi descripta repetiuntur, excerpserunt, & in suos commentarios transcripserunt, sine ullo discrimine, non attentis iis, quæ dudum antiquata à fori usu recesserunt, & quæ hodienum observentur; cujus generis ingentia volumina sub variis titulis & inscriptionibus reperire licet. Quorum opera discentes parùm adjuvat. Cum enim Jus Justinianeum quidem à nobis Germanis receptum sit, aliter tamen nos non obliget, nec obligare possit, quàm ex liberrimo consensu, quo id recepimus, facilè apparet id, quod recepimus, nos obligare; quod verò vel non recepimus, vel contraria consuetudine ab eo discessimus, ejus nullam apud nos esse autoritatem, quam in foro & decisionibus causarum sequi debeamus. Quæ difficultas non est exigua, certè cum magno discentium incommodo conjuncta. Quid verò receptum sit vel minus, certè ex ipsa lectione librorum Justinianeorum minimè haurire possumus. Nec hujus receptionis ratio ubivis est eadem. In aliis enim Germaniæ locis plus, in aliis minus ex eo est receptum. Imò in supremis judiciis, Spirensi sc. & aulico-Cæsareo multa sunt invecta, quæ inferiora judicia non admittunt; contra hæc multa longo usu observârunt, quæ illa planè respuunt. Nec omni tempore etiam hoc idem observare licet: cum alio tempore puta ante 30. vel 40. vel 50. annos sic quidem obtinuerit, hodie verò post tot annorum decursum aliud observetur. Ut practicorum testimoniis, qui de receptis sententiis testantur sui temporis, si sc. paulò longiori ante nos vixerunt, non simpliciter possit stari. Et verò id, quod in quolibet loco sit receptum & in viridi vigeat observantia, aliunde discentes consequi non possunt, quàm vel ab ipsorum Præceptoris viva voce, vel lectione eorum, qui de praxi cujuslibet Judicii, vel regionis testantur, vel tandem ex usu cujuslibet loci, in quo praxi operam dant, sive judicando, sive consulendo, aut procurando. Quæ ultima ratio discendi & difficilis & longa & periculosa est; nec sine damno vel ipsius Judicis & Advocati, vel clientû ferè adhiberi potest. Reperire etiam licet, qui ex quolibet Codice cujusvis JCti promiscuè conscribunt, quod ille obtinere testatur; non attento, in quo loco ille vixerit, de quo testatur, an in Italia, & in qua ejus parte, an in Hispania, & quo ejus regno, vel Ducatu, an in Gallia, Germania, Helvetia, Anglia, Belgio & aliis regnis, vel populis Europæis; Nec considerato, ex quo jure vel Communi vel locali id, quod statuit, desumpserit, nec ne; sed sine ullo delectu, ullo vel locorum, vel jurium discrimine corraditur, quicquid inveniunt, modo ingentem Doctorum catervam allegare queant, quâ plerique sibi

vehe-

vehementer placent, & egregium specimen eruditionis suæ sibi edidisse videntur, si
numerosam Interpretum turbam coacervaverint: ex qua tamen plerumque vel ni-
hil, vel parum rationis elicere licet. In immenso illo propemodum numero dantur
tamen adhuc nonnulli, qui corticibus verborum, Grammaticorum more non inhæ-
rent, nec id tantùm, quod in suo loco vel judicio obtinet, tradunt; nec uni tantùm
immoriuntur quasi materiæ; vel promiscuè ex libris juris Justinianeis id tradunt,
quod inibi descriptum inveniunt; absque ulla inquisitione, num hodie observetur,
vel secus; nec puris putis auctoritatibus Doctorum acquiescunt; sed integrum am-
bitum Juris, quod hodie quidem obtinet, ex illis, quibus incumbit, fundamentis pru-
dentiæ sc. civilis, politicæ & moralis, nec non adhibitâ diligenti pervestigatione tum
status Reip. Romani antiqui, in quo jura illa primum nata, tum collatione ejus cum
moderno, in quo hodie applicari debeant, solidè deducunt, observatis etiam singu-
lis circumstantiis, quas solida actionum humanarum principiorum aut cognitio &
status Reip. notitia, nec non causarum, quæ legislatorem moverunt, diligens &
accurata cognitio in singulis negotiis suppeditare & solet & debet. Quotum tamen
paucos esse, dissimulare non possumus. Esse tamen nonnullos, quod est Dei pecu-
liare beneficium, & gaudemus & felicitati juris cultorum gratulamur. Ex quorum
monumentis apertè cognoscere licet, ad accuratum & idoneum Legum Romana-
rum hodie apud nos receptarum Interpretem requiri, ut non tantum linguæ Roma-
næ, ejusque Reip. hujusque mutationum crebrarum, & quæ harum fuerint veræ
causæ, & quæ jura vel leges in singulis mutationibus fuerint exorta. quâ occasione
vel necessitate sint vel exortæ vel latæ, vel si illa haberi non potest, ut sæpius
haberi non potest, quæ hodie illius juris esse possit utilitas, ut & priscarum
formularum & rituum, nec non universæ antiquitatis Romanæ habeat accu-
ratam & solidam notitiam; sed præterea etiam universum ambitum prudentiæ ci-
vilis, juris naturalis & gentium cognitum perspectumque habeat; nec hodier-
num statum, in quo vivimus, & cui jura illa applicanda sunt, ignoret; quibus præ-
sidiis instructus, demum ingentem illam mensuram, quâ jurisprudentia contine-
tur, explere poterit. Cum enim JCtus aut Interpres mentem Legislatoris secundùm
prudentissimum effatum Principis Philosophorum Aristotelis ita interpretari, aut
eruere debeat, *quemadmodum ipse legislator diceret, si præsens esset, & non aliter*; apparet pro-
fectò liquidò prudentiam aut habitum Interpretis eundem esse debere cum pruden-
tia & habitu Legislatoris. Quomodo enim per rerum naturam mentem legislatoris
eruet & tutò dicere poterit Interpres, *hæc est, aut fuit mens legislatoris, & non alia*; si non
eadem cum legislatore præditus fuerit prudentiâ? Si non novit, quomodo leges sint
ferendæ, quomodo noverit, qua ratione sint latæ? Si non novit, qua ratione sint latæ,
quomodo dicere poterit, hunc vel illum esse earundem sensum? Si enim ignorat,
quænam Legislator in Legibus ferendis attendere soleat & debeat, quomodo ejus
mentem indagari poterit? Si tandem non novit, quænam Legislatoris intentio
fuerit circa quamvis ejus constitutionem vel dispositionem legis, quomodo,
quæso, tutò de ejus mente pronunciare; aut quod maximum est, quomodo in
tanta varietate personarum, quæ in qualibet Republica sese offerunt, & in tanta
multitudine pariter & discrimine negotiorum & rerum, imò in ingenti illo aliarum
circumstantiarum, ratione modi, temporis, loci, instrumentorum, & aliorum pro-
pemodum infinito numero sese extricabit? Fieri nullâ ratione potest, ut Inter-
pres sese rectè gerat, nisi omni illâ prudentiâ sit præditus, quâ instructus fuit Legis-
lator. Si hanc sibi paravit, & Legislatoris intentionem, quam sibi in singulis legibus
habuit propositam, perspicit, facilè judicare potest, an legis, de qua quæstio est, ob-
ligatio ad illas personas, de quibus quæritur, ad illas res, de quibus controvertitur,
possit extendi; an verò debeat restringi, utut verba legis, vel id innuere, vel respue-
re videantur. In Legibus enim magis mens, quàm verba; quæ propter mentem
sunt, utique erit attendenda. Cum autem Legislator non tantùm linguæ, quâ po-
... suo leges præscribere vult; sed etiam status sui, cui leges dat, debeat esse peri-
... inprimis verò illius negotii, circa quod leges fert, accuratam noti-
... certum finem, ad quem ut omnia sua consilia, ità potissimum etiam le-
ges suas dirigat, perspectum habere debeat, quis dubitet harum omnium noti-
tiam etiam requiri ab Interprete? Cum aliâ ratione nunquam in quavis lege di-
cere possit, hanc fuisse reverà mentem legislatoris & non aliam: & idcircò le-
gem illam vel restringendam, ut se ad illas personas, vel res, vel loca, vel tem-
pus, vel alia, de quibus fortè quæstio est, non possit extendi, vel extendendam

etiam,ut ad alias personas,res loca, tempora extendi possit, quàm de quibus verba legis loquuntur. Tametsi verò & in Hispania & Gallia & Germania & aliis Europæis regionibus non fuerint nulli, qui hanc rationem interpretandi fuerunt ingressi, & cum æterna sui laude, & nunquam intermoritura memoria Civilia jura illustrârunt, ex æquo tamen illis præsidiis, quæ anteà recensuimus, non fuerunt omnes instructi. Alii enim huic linguarum, alii philosophicarum scientiarum studio fuère addictiores, & quod quisque prætulir & magis adamavit, ex eo plus etiam ad Jus illustrandum contulit. Et verò negandum non est, à nostris Interpretibus multo plus literarum & linguarum, quàm disciplinarum philosophicarum, præsertim verò practicarum ad jus civile fuisse adhibitum. Cùm enim illi Doctores, quos Scholasticos appellamus, & qui soli ferè scientias philosophicas per tria sæcula docebant, ubique ferè extinctâ Philosophiâ Græcâ, Physiam, Metaphysicam, & Logicam suo more excolerent; in practica verò Philosophia, politica puta & Morali nihil, quod operæ quidem pretium erat, tradebant, si pauca illa excipias, quæ à D. Thoma de Aquino in Commentariis ad Ethicam Aristotelis & Chrysostomo Javello, nec non Collegio Conimbricensi in disputationibus Ethicis allata sunt. Quo factum est, ut Moralis & civilis philosophia illa & sapientia etiam segnius à nostris Jurisconsultis fuerit exculta, certè ad Jus Romanum non nisi parcè applicata. Imò plerique illorum Romanum jus pro norma habebant omnium Rerumpublicarum, & tanquàm ad lydium lapidem omnium reliquorum Popp. jura & Resp. examinabant. Certè Gilckenius Professor Herbipolensis Politicam Aristotelis, scientiam illam omnes Respublicas & constituendi & conservandi, emendandique propterea summis laudibus effert, quod Romanorum juri sit conveniens; cum ècontra illa jura ad hanc tanquam normam examinare debuisset.. Inter illos verò, qui veram rationem interpretandi & jura solidè tradendi ingressi videntur, non est postremo loco collocandus Henricus Hahnius, Antecessor in Academia Juliâ celeberrimus, qui toto vitæ suæ tempore, quod divinâ clementiâ ipsi peragere licuit, fere nihil aliud egit, & meditatus est, quàm quod ad illustrationem juris, ejusque solidiorem cognitionem, quàm quæ vulgò tradi solet, facere posset. Fuit ejus hæc peculiaris felicitas, quod statim puer in felices inciderit præceptores, qui & domi & publicè singulari industria (erant enim parentes ejus in re sic satis lauta constituti & necessarios sumptus præbere & poterant & libenter præbebant) ad literas & Græcas & Latinas ipsum formabant, & reapse futilem illum errorem refellebant, futuro Jurisconsulto cognitionem Græcæ linguæ non esse necessariam, cum absque ejus ope ne latina quidem sufficienter cognosci queat, nedum illæ scientiæ & disciplinæ, quibus Jurisconsultus nullo modo carere potest, parari possint. His adminiculis egregiis jam tum suffultus venit admodum juvenis & propèmodum puer, qudm nondum explesset annos XV. in nostram Academiam Juliam, ubi jam tum satis concesserant summi Viri Joannes Caselius & Cornelius Martini, quorum ille optimarum literarum, & hic disciplinarum decus & columen meritò cluebat, ac ornamentum uterque non modò hujus Academiæ, sed universæ Germaniæ erat. Hi duo, quos diximus, summi viri suavi consortio & bonas literas & utiles disciplinas ita feliciter inter se jungebant, ut earum divulsionem & sibi ipsis & inprimis illis, ut loquimur, superioribus Facultatibus noxiam & damnosam esse ostenderent. Uterque verò utrumque studium, etiamsi alter huic, alter illi addictior videri potuerit, adamabat, deprædicabat, & ut cum hoc, tum istud studiosæ Juventuti commodatissima essent, verbo & opere efficiebat. Quapropter doctissimorum illorum hominum autoritate pariter & assiduâ inculcatione effectum est, ut tum temporis opinio illa non tantùm studiosorum, sed plerorumque docentium animis prorsus insederit, bonas literas unà cum disciplinis esse conjungendas nunquàm à se invicem dirimendas. Noxium erat illud divortium quod superiori sæculo fiebat inter elegantiores, hoc est, literarum cultores & Artistas, uti vocabantur, hoc est, disciplinarum Professores, quorum illi per contempum Grammatici; hi verò Realistæ, summularii, formularii, denique Barbari & Barbariei Patroni appellabantur. De qua noxia dissensione non possum, quin Erasmi Roterodami, magni illius superiori sæculo literarum Vindicis & Restitutoris judicium ascribam: *Quis tandem erit fructus*, inquit, *si studiorum Professoribus invicem se lacerantibus, collabantur omnes honestæ disciplinæ? Quid igitur superest, nisi ut linguæ, bonæque literæ postliminio redeuntes ac velut à radice*

repul-

PRAEFATIO.

repullantes, civiliter & Comiter sese insinuent in sodalitatem earum disciplinarum, quæ tot jam sæculis in Academiis regnant, neque cujusquam studium incessunt, sed omnium studia potius adjuvant. Et post pauca: *Præclara res est philosophia; sed huic plurimum accedet dignitatis, si veteres amicas agnoveris.* Verùm Academiæ nostræ Juliæ Antistites plerique longè aliter sentiebant, tametsi non deerant etiam Inscitiæ Patroni, qui nescio qua vel imperitiâ vel socordiâ omnes & bonas literas & artes, eliminatum ivissent, nisi ipsorum machinationibus cordati & prudentes viri masculè restitissent; & salutarem illum morem utraque studia conjungendi successoribus suis quasi in manus tradidissent: quem illi etiam religiosè observarunt, & neutrum horum studiorum rejiculum censeri passi sunt; uti nec nos hodie patimur; sed, quantum in nobis est, operam damus, ut utroque instructi nostri cultores Juris ad sanctissimam civilem sapientiam accedant. Qui aliter vel sentiunt, vel agunt, vel suos etiam manuducunt, haud aliter factitant, ut Wesenbecius noster prudenter loquitur, quàm si volucrem una præcisâ alâ, ad volatum instruant. In hos Præceptores rectè & sentientes & docentes prima Juventus nostri Interpretis Hahnii incidit, à quibus non tantùm rectam & genuinam illam de studiis literarum magno & suo & Jurispr. bono hausit opinionem; sed ipsa etiam studia tum linguarum Græcæ & Latinæ, una cum ritibus, & formulis Romanorum, nec non mutationibus Reip. illorum, & harum caussis cum omni antiquitatis cognitione; Disciplinas etiam practicas illa vera & genuina fundamenta Jurisprudentiæ, quæ Magister sapientiæ οἰκεῖα s. domestica appellare solet, penitus felicissimè exhausit. Toto enim illo tempore, quo in hoc Lycæo vixit, antequam Rostochium concessit, nulli alii rei tempus impendit, quàm bonis literis & disciplinis philosophicis; in quibus quantum profecerit, hæc ipsa ejus observata ad universum Jus Civile satis superque ostendere possunt. Sentiebat enim cordatus Vir ità edoctus à prudentibus suis formatoribus, sibi aliter arcem Jurisprudentiæ invadere non licere, quàm si utroque subsidio & literarum & artium esset instructus. Quæ adminicula etiam illi adeò profuerunt, ut postquam per belli incendium diutius in nostro Lycæo morari non liceret, sed aliam quietiorem studiis suis sedem deligere cogeretur, & Rostochium præ cæteris delegerit, brevi temporis spatio tantam cognitionem Juris Romani sibi pararit, ut unà cum socio suorum studiorum Henrico Rhanio, Rostochiensi Professore τῷ νῦν ἐν ἀγῶνι integrum Jurisprudentiæ ambitum domesticis disputationibus subjecerit. Quod exercitium adeò feliciter ipsi cessit, ipsumque adeo promptum pariter Professoribus & studiosis amabilem reddidit, & gratum, ut paulo post ad alios docendum & ultrò invitatus & admissus fuerit. Qua in re ità operam & dexteritatem suam discentibus probavit, ut non tantùm insignem sui amorem, sed etiam nominis famam maturè excitaverit. Nec tantùm nudæ speculationi juris, seu theoriæ, ut vulgo vocatur, vacabat: sed simul, ut loquimur, praxin conjungebat, & plurimorum clientum arduas causas suscipiebat, easque feliciter etiam ad optatum finem perducebat. Non raro etiam à Ser.^mo Principe Guelpherbytano p.m. nonnihil negotiorum hîc & in vicinia expediendorum ipsi committebatur, quæ non minori fide, curâ & industria est executus. His subsidiis se instruebat futurus JCtus, non tantùm bonis literis, & accuratâ practicarum scientiarum cognitione; sed præterea in ipsis judiciis simul versabatur, ut quid hodie receptum esset vel secus, ipsorum judiciorum usu & experientiâ consequi posset. Quo ipso longo intervallo post se relinquebat illos interpretes, qui solâ literarum ope omnem juris scientiam metiuntur, egregie sibi blandientes, se omnibus numeris absolutos esse JCtos, modò vel Rubricam aliquam restituant, textus ipsos corrigant, modò in hac, modò in illa parte vi illatâ, nihilominus postea æquè incerti, an illa lectio, quam restituere conantur, reverâ auctoris fuerit nec ne; inscriptiones legum mutent, alibi literulam vel syllabam detrahentes, alibi infarcientes, aut ex negante ajentem, vel ex ajente negantem sensum intrudant, minimùm loca parallela aliorum vel Juris auctores cumulent, aut simile quid tentent, quod uti non contemnendum quidem est, ejus tamen vel dignitatis vel utilitatis certe non est, ut illo solo prudentiam Juris comprehendi, aut solidè illa una ope doceri & explicari posse credamus. Tametsi enim magna sit dictionum & rerum cognatio, & voces propter res inventæ fuerint; nondum tamen, quod illi literatores sibi arrogant, efficitur. Res enim intelligit, non qui Vocabula, quibus appellari consueverunt, cognita habet,

ta habet, sed qui naturam ipsarum mente apprehendit, & quæ earum sint genui-na & *ἄμεσα* principia, quomodo ex illis conclusiones certæ & infallibiles eli-ciantur, de quarum firmitate adeò certus esse debet, ut res illas & conclusiones inde deductas aliter sese habere non posse firmissimè & sibi ipsi & aliis sine ullâ formidine oppositi persuadere possit. Ad hæc quidem significanda & explican-da faciunt voces, ut possimus ea vel discere vel docere: interim fieri potest, & fit sæpenumero, ut voces & earum significationem, originationem & structuram sciant, qui rem tamen, de qua agitur, adsequi & comprehendere nequeant. In-numeris exemplis res clarissima est in nostra disciplina. Quis non facile intelligit ex illis, qui literis nomen dederunt, quid *fides* significet, quid *bona*, quid *Ius* & *stri-ctum*, aut conjunctim *strictum Ius?* Qui vel mediocriter versatus est in lectione bonorum Auctorum, vel etiam librorum juris nostri, is innumera loca facile conglomerare potest, in quibus hæ voces occurrunt, & quo sensu etiam capian-tur. An autem is simul statim intelligit, quid sint *bonæ fidei contractus*, & *actiones bonæ fidei?* Quinam in hunc censum sint referendi? Quomodo à Contractibus *stricti Iuris* differant? quæ horum sit proprietas? Num hæc distinctio tam solicitè à Romanis observata & passim inculcata, etiamnum hodie in judiciis sit re-cepta? An eadem ejus sit hodie utilitas, quæ olim fuit apud Romanos? Hæc sane literator suo habitu nunquam consequetur. Nisi enim interpres Juris accuratè noverit statum Reip. Romanæ, in qua illa distinctio nata, potissi-mum verò in populari; nisi præterea naturam & indolem negotiorum; quo-rum alia *stricti Iuris*, alia verò *bonæ fidei* appellantur, intimè habeat cognitam perspectamque; quam cognitionem non ex literis, sed intima philosophia civi-li haurire licet, nisi tandem & moderni nostri status sit peritus & quomodo is à Romano differat, certè illos nodos, quos proposuimus, nunquam solve-re poterit. Neque dissimulandum est hac in doctrina à nostris Interpretibus miris modis variari, ut Communis schola ad §. 28. *Instit. de Action.* confugerit, hâc norma positâ, ut qui contractus vel actiones in dicto §. recensentur, *sint bonæ fidei*; & qui ibi sunt omissi, in illum censum non esse referendos. Quæ tamen norma, quod pace nostrorum dixerim, & minus accurata & solido In-terprete Juris indigna est. Quod enim negotium aliquod sit *bonæ fidei* & *stricti Iuris*, non dependet ex positione Legislatoris; sed indole & natura negotii ipsius, quam legislator mutare non potest; non aliâ ratione, quàm si velit legem ponere, quâ vetet vel ignem urere, vel aquam fluere, vel lapidem non descendere. Hoc tamen in his negotiis fieri potest, & factum est à Justiniano sæpissimè, ut effectus, qui sunt aliàs *bonæ fidei negotiorum*, lege latâ attribuantur negotiis *stricti Iuris*, & contrà: quæ tamen ratio valde violenta est. Aqua naturaliter non nisi deorsum fluit: vi tamen adhibitâ vel vacuo facto ascendit contrà naturam: ità ignis depri-mi potest, ut non ascendat, sed contrà naturam descendat. Eadem ratione in his negotiis, contrà naturam eorundem diversi effectus ipsis attribui possunt, lege positiva; illorum tamen natura non potest mutari: certè Legislator lege positiva efficere non potest, ut negotium *sit b. fid.* quod natura sua *stricti Iuris* est: uti effice-re non potest, ut mas sit fæmina, aut fæmina mas; tametsi huic privilegia quædam, quæ solis maribus competunt, attribuere queat. Interim mas & fæmina natura sunt distincti, licet iisdem utantur privilegiis. Constat præterea, vocabula ex usu populari peti: populariter vero in distinctionem rerum non penetrari vel inquiri, sed quæ distinctæ sunt, sæpe tanquam indistinctas accipi & iisdem vo-cabulis significari. Hinc fit, ut qui res accuratius rimantur & acutius inspi-ciunt, ad distinctionem rerum explicandam necesse habeant, voces distingue-re & evolvere discrimen, quòd aliàs vox populari usurpatione uniformiter ac-cepta involvebat. Hinc coguntur professores artium, & prudentiæ civilis vocabula sæpius non usitata adhibere, quibus differentias rerum exprimere possint, quæ voces inusitatæ vulgò termini technici appellantur, & com-munes sunt omnium artium & disciplinarum, adeò ut nullam ab his repere-ris immunem, ut in Metaphysicis, Physicis, Matheſi, Ethica & Politica est clarissimum. Imò artes Mechanicæ longe illis viliores ab his abstinere non possunt. Agnovit id jam olim Rom. Eloq. parens, cujus judicium hac de re asscribere placet. *Cum Græcis*, ait, *tum magis nobis rationis verba parienda sunt, imponen-daque nova novis rebus nomina.* Quod quidem nemo mediocriter doctus mirabitur, cogitans in omni arte, cujus usus vulgaris communisq; non sit, multam novitatem

nominum

PRAEFATIO.

nominum esse, quum constituantur earum rerum vocabula. Ne opifices quidem tueri sua artificia possent, nisi vocabulis uterentur nobis incognitis, usitatis sibi. *Quin etiam agricultura, qua abhorret ab omni elegantia politiore, tamen eas res, in quibus versatur, nominibus notavit novis.* Quibus referta quoque est nostra Jurisprudentia. Voces enim illæ, *actio legis Aquiliæ, in factum, directa, utilis, Actio Pauliana, Fabia, & Legitima, Falcidia, Quarta, usurpatio, Quadrupes, Pauperies, & sexcenta* alia non facile ab eo, qui res illas non novit, tametsi linguæ latinæ accuratam habeat cognitionem, capientur. Ut adeo evidentissimum sit literarum cognitionem Interpreti Juris valde quidem esse necessariam; eâ tamen solâ prudentiam Juris minimè absolvi. Hinc *observationes* illæ Criticorum JCtorum, in nostro Jure, *disputationes, restitutiones, variæ Lectiones, emendationes, conjecturæ,* nescio an illum usum, quem promittunt, nobis ostendere possint. Esto Tribonianum violentas, uti illi loqui solent, manus intulisse textibus Juris; interdum aliquid omisisse, ex fragmento, quod retulit in Pandectas; imò interdum aliquid ascripsisse; Papiniano attribuisse, quod fuit Ulpiani vel aliorum; Quid inde? In arbitrio Heri sui Justiniani erat aut nihil ex illorum JCtorum scriptis, quæ in Pandectas relata sunt, desumere, aut saltim particulam, eamque immutare & ad sui status præsentis formam adaptare, vel aliquibus adjectis vel detractis, vel immutatis. Quid est ergo, quod literatores illi tantopere de Triboniano conquerantur; usus est Imperatoris sui potestate, & nemini nocuit. Ut adeò vana illa omnis videatur, certè non ejus utilitatis, quæ vulgò prædicatur, quæ collocatur opera, in illis *conjecturis, emendationibus, Inscriptionibus, variis lectionibus, & aliis illis commentatiunculis,* quas literatores illi dederunt, quibus Juris prudentia nequaquam continetur. Beatus Hahnius certè in illa hæresi non fuit, sed conjunxit illas quidem; minime vero illis unicè inhæsit? ità ut aliud adjumentum nullum, præsertim verò potius illud, ad mentem Legislatoris indagandam faciens non adhibuisset. Testantur id Observata hæc, quæ jam tertiâ vice edidit, in quib. controversias illas Grammaticas, in quibus alii unicè occupantur, parcè inspergit, potius ad rem ipsam, quàm vocum inanes collusiones respiciens. Neque verò etiam saltim generalibus illis axiomatibus ex Civili philosophia desumptis, nudè inhæret, quod à multis etiam factitatum esse absque omni utilitate apparet; aut in enodandis & evolvendis illis priscis & obsoletis juribus tantùm insudavit, quod plures etiam majori cura & diligentia, quam utilitate fecisse deprehendimus; sed certa & solida principia ex civili sapientia petita supposuit, & ex iis jura illa, quæ adhuc hodie in viridi sunt observantia, deduxit, & ea non tantùm consensu aliarum gentium & authoritate Divini Juris, quod Deus Ter Opt. Maximus populo suo Israelitico præscripsit, ad quod identidem recurrere solet, sed & ipso usu judiciorum, & in illis latis, ut vulgo ajunt, præjudiciis corroborabat & firmabat, non neglectâ & veteris & hodierni nostri status formâ, si illa in legibus privatorum mutationem quandam suadebat. Quæ quidem jura tractandi & interpretandi ratio omnium optima videtur. Fontes enim universi juris, ex quibus profluxit, nulli alii sunt aut esse possunt, quàm Natura ipsa aut ejus Auctor & inde ortum æternum illud jus; Vel status cujusvis utilitas, quam Legislator unicè intendit, certè intendere debet. Quod Stagirites duobus propemodum verbis comprehendit, nempe, quod *Natura auctor & homo* sit. Qui jam alicujus Legislatoris mentem eruere vult, & quidem eo modo & ratione, uti ipse diceret Legislator, si adesset, certè ea, ex quibus Legislator leges depromere solet aut deprompsit, præ cæteris, si non unicè attendere debet. Cum vero Legislator æterno illi juri, quod Naturæ auctor omnium animis insevit, haud facile adversum quicquam statuit, certe non facile debet, & status sui quàm maximè rationem habet; apparet profectò hæc duo accuratum JCtum omnino attendere debere, & quidem, quum prius illud ex immotis rectæ rationis & æterni illius Juris principiis, & exinde firmis deductis conclusionibus, utriusque sancti fœderis, prisci & Novi sanctionibus purioris Ecclesiæ ejusque Doctorum constanti consensu, cultiorum gentium usu & autoritate unicè sit hauriendum; alterum vero ex Reip. Romanæ ejusque variarum mutationum, nec non hodiernæ nostræ Reip. statu sit depromendum, in proclivi est, interpretem modernum Juris Justinianei hodie apud nos recepti omnibus illis adminiculis carere non posse, aut si caret, quod profectò de non paucis dicere vel inviti cogimur ipsis operæ pretium efficere non posse palam est. Optimus noster

Hahnius

Hahnius certè ipso opere ostendit, hæc adminicula omninò esse necessaria. Quamprimum enim is quæstionem Juris recepti decidendam aggreditur, vel ex Aristotele, Platone, Seneca, vel modernis civilis sapientiæ Magistris, probatis illis & receptis, principia solida supponit, illisque sanctionem Juris Romani convenire accuratè demonstrat, & postea subinde vel consensu gentium, qui quidem haberi potest, vel utriusque fœderis autoritate, vel certè ipso judiciorum nostrorum recenti usu & observatione comprobat. Quod quidem ipsi valde proclive fuit factu. Non tantum enim tot annis Collegio Juridico nostro, ut non ignobile membrum; sed postea tot repetitis vicibus Decanus & tandem Senior præfuit, ad quod arduæ & difficiles causæ decidendæ quotidie fere ex variis & remotissimis locis transmittuntur; sed præterea Illustri & Inclyto Dicasterio provinciali Guelphebytano per plures annos simul interfuit, ut quod in cathedra solidè & eruditè ex Jure demonstravit, id in Collegio Juridico & aulico judicio ipso opere causis ventilatis applicaverit, adeoque ipsi nihil defuerit, quod ad solidam & certam Juris cognitionem unquam facere posset. Cujus felicitatis pauci sunt participes. Vel enim nudis speculationibus Juris inhærent, prorsus ignari eorum, quæ in foro & judiciis geruntur; qui quidem eâ utilitate, quâ debebant, vel scripta sua vel auditores suos imbuere non possunt: vel tam strictè recepto juri insistunt, ut sententias ejus receptas simpliciter amplectantur, nullâ ratione habitâ, quâ vel nitantur, vel destituantur, auctores vel potius Doctores, qui de iis testantur, non ponderando, sed numerando, ut pro qua sententiâ major stet numerus Doctorum, illam tanquam Communem plerumque recipiant & sine ulla ratione sequantur. Quæ cruda & imperita ratio tractandi jura destituta omnium bonarum rationum momentis & unicè autoritate Doctorum nixa Jurisprudentiæ nostræ ap. eruditos & solidè doctos non exignam maculam aspersit; quæ tamen nun ipsi, solidissimis fundamentis innixæ, sed ejus indoctioribus Interpretibus imputanda est. Hahnius verò noster suavi consortio utrâque scientiâ pariter & prudentiâ excultus non inania illa & ab usu remotissima, circa quæ speculatores illi plerumque occupari solent; sed quæ in ipso foro in recentissimo vigore sunt, afferebat; eaque nou auctoritate tantùm, sed firmissis rationum momentis ex principiis rectæ rationis, politicis & Ethicis, sacra pagina, consensu aliarum cultiorum gentium desumptis firmabat. Neque saltim vel titulum, vel peculiarem legem, vel aliàs materiam singulatem explicandam sumebat, quòd multi solent facere; sed universum ambitum juris aggrediebatur, cultoribus Juris viam monstraturus, quâ ad cognitionem universi Juris facili labore pervenire possent. Tametsi verò fortè rectius fecisset, si ipse suo Marte & ausu Systema aliquod Juris condidisset, & secundum illam rationem jura tractandi, quæ ipsi familiaris erat, id digessisset; quod Beatus Frantzkius, Cancellarius Saxonicus in aula Gothana, Vir, dum vivebat, longè doctissimus, me interprete & internuncio ipsi olim seriò suadebat; Tamen cum videret paratitla Wesenbecii ubivis in plerisque Europæis Academiis studiosorum manibus teri & recepta esse; noluit illa ipsorum manibus excutere; sed quoniam plurimi illis jam tum erant assueti, maluit illa, sicubi à vero aberrarent, corrigere, si deficerent, supplere, & ubi rationibus destituebantur, fulcire & quæ non satis distinctè & perspicuè erant proposita, accuratius evolvere & distinctius proponere; ubivis verò usum illum, quem universa Jurisprudentia intendit, paulò accuratius & diligentius inculcare, & sic docentibus pariter & discentibus, nec non in praxi Juridica jam tum versantibus simul consulere. Tametsi verò hos Commentarios, quibus observatorum nomen indere placuit, primò saltim in gratiam suorum Auditorum confecerat; qui in sui usum eos non sine labore describebant, adeoque saltim inter privatos parietes delitescebant; postea tamen ut auditores molesto illo describendi labore levaret, & pluribus prodesset, amicorum & monitiones & preces tandem ab eo obtinuerunt, ut librum exire pateretur. Qui tam comitet & benignè fuit exceptus, ut brevissimo temporis spatio primæ editionis exempla fuerint distracta, & à pluribus vehementer desiderata. Quod honestum desiderium alteram & tandem tertiam etiam editionem promovit, cui ultimam manum paucis ante obitum suum diebus imposuit: quasi Deus Ter Opt. Max. supremus ille vitæ moderator, & arbiter beatum virum tamdiu jusserit in statione, in qua eum locaverat, manere, donec opus, quod moliebatur, perfecerat; & ubi perfe-

perfectum erat, illum de statione sua decedere, & post insignem laborem exantlatum æterna & nunquam desitura requie frui. Quamvis verò, ut ab initio cæpi dicere, nostra Jurisprudentiâ mole librorum propemodum laboret, & discentibus non exiguam difficultatem pariat; tamen in tanta multitudine paucitate illorum laborat, si ingenuè dicendum, quod res est, quorum ope cultores Juris in solidam & accuratam Jurisprudentiæ cognitionem, & facilius & accuratius quàm vulgo fieri amat, possint deduci. Quanta sit varietas nostrorum Interpretum; quantaque multorum sit infelicitas pariter & imperitia, certè destituti illis adminiculis, sine quibus accurata & perfecta cognitio obtineri non potest, & quantum requiratur ad non imperitum Interpretem Juris, suprà innuimus. Quæ cum pleraque partim felicitate temporum, partim dexteritate Præceptorum, partim ingenii acumine & admirando labore & assiduitate, quam in judiciis pariter & in Cathedra sustinuit, assecutus fuerit noster Hahnius, ausim certò promittere hos ejus Commentarios ejus fore loci, ut cultoribus Juris non oneri & difficultati, ut multi esse solent, sed summæ sint utilitati, cum pleraque fere in illos sint relata, quæ ad accuratiorem juris cognitionem videntur peresse necessaria: certè ut erat omnibus valde addictus, summa votorum ejus erat, plurimis prodesse. Ego quoque omnibus & singulis, in quorum manus hi Commentarii perventuri sunt, ex animo voveo, ut eam utilitatem, quam auctor p. m. intendit & ut omnes ejus participes fierent, conceptis verbis sæpe optavit, ubertimè capiant, & labores hosce Celeberrimi Viri simul pro virili adjuvent, ut proscriptâ illâ crassiori & rudiori ratione jura tractandi, quæ saltim autoritate & quidem sine delectu cujusvis scribentis nititur, rationalem illam solidam & accuratam ex principiis rectæ rationis, politicis & civilibus jura, ex quibus profluxerunt, deducendi methodum amplectamur, excolamus, propagemus, ut jura nostra non amplius res memoriæ, sed judicii magna cum auditorum utilitate efficiantur. Qua in re si Deus T. Opt. Max. vitam & valetudinem permiserit, ego pro virili non deero. Interim, optime lector, feliciter his utere & manibus beati viri benè precare; Tu verò optime vale. Scripsi in Academia Julia Mense Junio Anno CIↃ IↃ C LXIIX.

)( )(

BENE-

BENEVOLO LECTORI

S. P.

ANnus nunc agitur octavus, & quod excurrit, ex quo primùm hæc ad VVesenbecii in Pandectas Commentarios & notas Bachovianas Observata in lucem emisi. Ut verò illum laborem, quem ingenuè fateor, non suscepi exiguum, solidiori culturæ veræ prudentiæ juris & incremento feliciori cupidæ Legum juventuti unicè consecraveram; ita non potuit non longè gratissimum accidere, quod in plerisque Germaniæ nostræ Academiis opera illa mea suo non caruerit successu. Præterquam enim quod haud defuerint, quibus hæc vestigia legisse volupe fuit; non paucos etiam ipsos Juris Antistites, viros doctrinâ & ingenio præstantes, auditoribus suis ut hâc viâ incederent, sibique veram Juris scientiam illis, quæ nusquam non inculcavi, adminiculis pararent, autores extitisse, & sermonibus & literis amicorum certus sum. Quinimò haud pauci suasores fuerunt, pro eo, qui inter amicos intercedere solet, candore, ut prioris editionis exemplaribus jam tum omnibus distractis, de nova editione cogitarem. Neque dissimulabant, unum & alterum in priori editione desiderari, quod in altera facillimè suppleri posse arbitrabantur. Potissimùm verò integrum textum VVesenbecianum requirebant, quem commodè Observatis deesse haud posse, ipsusmet ut facilè agnosco, ita lubens concedo. Non tantùm enim tædium lectoribus oboriri necesse est, si diversi Codices sint evolvendi, sed eorum animi simul non possunt non distrahi. Quapropter amicorum desideriis morem gerens, denuò manum admovi, & hanc, quam vides, Lector, editionem paravi. Textum VVesenbecianum Francofurtanæ editionis ad L. Libros Digestorum, quam correctiorem judico, insertum curavi, sicque simul glossæ textum, ad quem se refert, restitui, non modo leges bonæ interpretationis secutus, sed etiam eos, qui ex sua & aliena materia aliquam speciem efformant, ut nostri ajunt, imitatus. Neque intermisi subinde ea addere, quæ juris nostri solidiori culturæ necessaria videbantur. Etsi verò haud ignorem, quæ vulgò de Legibus Justinianeis ferantur judicia, tantum tamen abest ut hæc à proposito me revocârint, ut potius, præsertim hoc turbulento rerum statu, me confirmârint. Admodùm verò dissimilia illa esse judicia, neminem facilè latere potest. Alii enim multitudinem legum reprehendunt: alii eas genio populi nostri haud convenire credunt. Ne nunc referam imperitiorum opiniones, qui Romanas leges omnes juri naturæ haud congruentes clamitant, ad quod tamen eas rigorosè examinandas esse omni nisu contendunt. Et verò num multitudo, num paucitas legum sit utilior, pro diversitate variarum formarum Resp. asserere fortassis haud est in proclivi. Id tamen omni caret dubio,

sive

sive hoc, sive illud dixeris, difficultates haud defuturas, & nihilominus fore necessarium, ut adsint JCti h. e. qui jura interpretentur. Ea enim usque est rerum humanarum conditio, ut vix certi quicquam in illis statuere liceat. In quibus ergo si ea datur certitudo, quæ per rei mutabilitatem haberi potest, vera tandem illarum scientia erit. Omnes autem, qui in Rep. vivunt, censeri æquali legum peritiâ, ἐκ τῶν ἀδυνάτων *est. Exemplo sit nobis unica, sine omni dubio prudentissimè ab ipso Deo Ter Opt. Max. constituta Resp. Hebræorum, cujus cives qui æquali legum notitiâ censere velit, valde fuerit absurdus. Paucas verò in ea, pro isto quidem tractu temporis, quo illa Resp. floruit & pro ejusdem amplitudine conditas esse leges, nemo nisi absurdè dixerit. Quomodo verò ordo Levitarum eorumque munus excusabitur? Num Deus immortalis immensæ prudentiæ non rectè constituit? Ideoque in civibus non requiri illam scientiam, quæ in jurisprudentibus sit, sed quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores assequi possit, Romani quoque juris nostri lumina, Paulus & Ulpianus, rectâ ratione edocti, uno ore professi sunt. Num verò leges antiquorum nostrorum Germanorum, genio hodierni populi Germanici sint conformiores, quæ Lindenbrogii digna admiratione opinio est, credat quis volet, prudenti certè & earum perito nunquam fiet verisimile. Leges populi genio convenire debere & utile & justum est; exactè semper quadrate optandum, vix autem sperandum est. Romanas verò nostris moribus, ab antiquis illis longè dissimillimis, convenientiores esse, quàm simplices illos, barbaras & horridas majorum sanctiones, quis est qui non videat? Quis peritior, ex quo Romanæ usu invaluerunt, alteras fuisse sublatas non intelligat? Rectæ rationis principiis uti, & enatas controversias ex illis decidere & pulchrum & homine dignum est. Illis verò solis stare, & rerum indifferentium varietas, & affectuum vehementia omnino vetat. Quæ namque lis aut controversia moveri potest, cujus pro utraque parte non suppetant rationes? Harum verò quis erit exitus, licet earum alias aliis potentiores esse constet? Quid fiet de judicibus corruptis, apud quos sæpius tam sanctè sancita jura parum, ne dum rationes proficiunt? Quapropter sæpè in exiguo communionis corpusculo plurimæ leges sanciuntur, ad præcavendas illas inanes disputationes. Quid dicendum erit de vasto aliquo Imperio, cujus negotia ferè infinita? Omnia revocare ad Juris naturæ normam eâ ratione, ut nil nisi merum jus naturæ obtineat, factu impossibile est, quin & Philosophorum Principi adversatur, qui illa non minus, quæ ex constituto valent, in civili societate requirit. Ecquæ unquam est Resp. quæ universum juris naturæ ambitum admittat! Imò quid juris naturæ, sine fordimidine oppositi in quavis Repub. pronunciabitur? Neque enim credendum, cujusvis opiniones vim juris naturæ nancisci. Adeoque quæcunque contra Justinianeas leges afferuntur, equidem firmo nullo nituntur fundamento. Istius partis eruditionis, quam vulgo Practicam Philosophiam vocant, non est exigua utilitas, fateor: ex illis verò universalibus principiis controversias juris omnes, præcipuè inter cives potentiores terminare velle, credimus haud esse sufficiens. Cum enim vis practicarum rerum potissimùm consistat in actione, & exinde earum omnis æstimetur utilitas, in rebus agendis verò singularia cernantur, ex quibus vera paratur prudentia, oppidò patet, ex meris universalibus neminem practicum esse dicendum. Et hæc quidem ratione non modò generalibus titulis* de Just. & Jur. de legib. & similib. *latissimè ostendi, quomodo Romana jura ad mora-*

l. 10. de bonor. poss. l. 2. §. f. qui ord. in bon. poss. servet.

moralia & politica principia reduci queant, sed etiam multa capita ad limpidissimos illos fontes ipse revocavi, & ubi cum jure naturæ collidere videntur, conciliavi. Verum enimverò de latis Reip. nostræ legibus, publicis privatisque, atque his quidem quâ patriis, quâ communibus Romanorum interpretandis, & ad casus obvenientes dextrè applicandis, omne nobis negotium est. Hic habitus JCtum à Philosopho, Medico & Theologo, horumque operationes ab invicem discriminat. Omnis prudentia, adeoque & legum nostrarum, intellectum & cognitionem principiorum accuratam, ceu instrumentalem habitum, prærequirit. Nemo igitur jurium, quæ in Rep. obtinent, scientia destitutus, JCti munia expediet. Cæterum & alia in hac editione non pauca addita sunt singulis ferè titulis, partim emendata, sive ad praxin, sive ad theoriam juris spectantia. Sententias tamen meas, quod sciam, temerè non mutavi. Tu, amice Lector, hæc omnia, eo quo profecta à me sunt animo, accipe, eisdemque tuo bono fruere, & VALE. Dabantur in Illustri ad Elmum JULIA, anno M. DC. LIX. Kalendis Martii.

PRIVI-

PRIVILEGIUM
CÆSAREUM.

LEopoldus *Divina favente Clementia Electus Romanorum Imperator semper Augustus, ac Germaniæ, Hungariæ, Bohemiæ, Dalmatiæ, Croatiæ, Sclavoniæ Rex, Archidux Austriæ, Dux Burgundiæ, Styriæ Carinthiæ Carniolæ & VVirtembergæ, Comes Tyrolis, &c. agnoscimus & notum facimus tenore præsentium universis, quod cum nobis noster sacrique Imperii fidelis dilectus* HERMANNUS DEHMEN *Bibliopola Coloniensis humillimè exponi curarit, quem in modum* HENRICI HAHNII Observata Theoretico-Practica, in Matthæi Wesenbecii 50. Libros Digestorum, & in eum editas Reinhardi Bacchovii notas & animadversiones, *prali beneficio publici juris facere constituerit, vereatur autem, ne quod fieri sæpe soleat, alii quoque hanc editionem quæstus causâ imitentur, ac ipsum sperato impendii fructu frustrentur, ac idcircò demissè supplicaverit, ut indemnitati hoc loci sua Privilegio nostro Cæsareo consulere clementer dignaremur, nos attentis iisce precibus uti æquitate nitentibus, omnibus ac singulis Typographis, Bibliopolis ac Bibliopegis, aliisque quibuscunque rem seu negotiationem librariam exercentibus, inhibuerimus & vetuerimus, prout hisce seriò & districtè inhibemus & vetamus, ne eorum quisquam præfatum Opus intra decennium proximum à prima editionis die computandum, præter prædictum* HERMANNUM DEHMEN *ejusque hæredes, intra sacri Imperii Regnorumque & Dominiorum nostrorum hæreditariorum fines, eodem aut alio Typo integrè aut proparte recudere, invehere, & clam vel palam vendere atque distrahere præsumat, quatenus mulctam decem marcarum auri puri ex semisse Cameræ nostræ sive fisco imperiali, ex altera verò parte parti læsæ irremissibiliter pendendam incurrere, & omnibus Exemplaribus quocunque loco repertis (quorum sibi vel propria authoritate vel magistratus loci ubi eadem inventa fuerint, auxilio vindicandorum dicto impetranti ejusve hæredibus vigore præsentium facultatem & potestatem nostram Cæsaream concedimus) privari noluerit, dummodo tamen præfatum Opus Sacri Imperii Constitutionibus nihil contrarii contineat, tenorque hujus Privilegii nostri in fronte expressum exhibeat, ac quaterna ad minimum exemplaria ad Cancellariam nostram imperialem aulicam propriis impetrantis sumptibus quamprimum transmittantur, mandamus proinde universis nostris & Sacri Imperii, Regnorum & Provinciarum nostrarum hæreditariarum magistratibus Ecclesiasticis & sæcularibus, cujuscunque ordinis, conditionis & gradus fuerint, ne quemquam huic nostro Cæsareo Privilegio ullatenus impunè contravenire patiantur, quin potiùs ejusdem transgressores supradictis pœnis, aliisque modis idoneis coerceri curent, quatenus & ipsi eandem mulctam evitare voluerint, harum testimonio litterarum manu nostra subscriptarum & Sigilli nostri Cæsarei appressione munitarum, quæ dabantur in civitate nostra Vienna die secunda Mensis Maji anno Domini millesimo sexcentesimo septuagesimo quarto, Regnorum nostrorum Romani decimo sexto, Hungarici decimo nono, Bohemici verò decimo octavo.*

LEOPOLDUS mp.

Leopoldus Guillielmus
Comes in Kinigseggs.

L.S.

Ad Mandatum Sac. Cæs. Majestatis proprium
CHRISTOPHORUS BEÜER.

Desiit hoc prælum 10. Aprilis 1675.

Ode Sapphica gratulatoria Viro Nobilissimo, Consultissimo,

Dn. HENRICO HAHNIO JCto eximio &c. transmissa.

Ecce quem Præses generosa Athenis
Parturit Pallas gemino decore,
Cujus exortum Æolides tubarum
Carmine pangunt.
Hic tot antlatis studiis docendo
Nobilem turbam invigilavit & qui
Guelficum pondus grave consulendo
pertulit usque
Jam Wesenbecci parautla pridem
Auxit, & splendore novo laboris
Fors ubi obscuri latuere sensus
jure refinxit.
Gordios nec licet haud resolvit
Ense Fellæi juvenis vibrante
Nodulos, si quid tamen OEdipæi
Sanctio prodit.

Imperi *indiganda* cluit, nec unquam
Ruminari ænigmata cessat, arte
Quin sat exculta Canonis retecti
intima pandat.
En Virum, quem Musa vetat mori
Rite cingendum Themis alma lauru
Duplici dignum jubet, hunc Trophæa
prisca sequantur,
Vera quem virtus meruit labore
Gloria est, si quid tituli ex parente
Splendor est cassus, sine luce, fallax
Flore ligustrum.
Hinc tibi, Vir magine, decus Lycæi
Julii, quam gratulor æviternâ
Laude succrescat tua fama, facta
nobilitentur.

CHRISTOPHORUS CRUSIUS D. Consil. Curb. Burgsassius in Pattensem, & hæreditarius in Velber.

In absolutissimum opus

Observatorum Theoretico-Practicorum.

DOcta WESENBECII jam pridem fabrica juris
Immensa audebat credere vela mari
Nec mora; mox Zephyrus blandus Astræaque gratum
Ipsam ex mento volvere cepit opus.
Nostra *Brabantinam* certè *Germania* stupem
Hinc colere & miris visa probare modis.
Surrexit tamen infensamque BACHOVIUS audax
Intulit ingenii vi famulante manum.
Non malè, si vegetum miremur mentis acumen
Et quas ex imâ prodidit arte Notas.
Scilicet & certi restant in corpore nævi
Quolibet & semper, quod reparetur, erit.
Hoc grave, quod nimio exarmat sua fumina Zelo
Et vitium, vitio quod caret, esse jubet.
Esto autem; nec se legum Studiosa Juventus
In tanta dubia lite manere putet.
HAHNIUS en! præsto est Juris Consultus & æqui
Qui medium, ut par est, monstrat ubique viam.
Comprobat id præsens LIBER, unde Academia fructus
Colligat ac strepeti longa querela fori.
Sed nec cura WESENBECI doctusque BACHOVI
Fervor in obscuris deficient Tenebris
Quin vivant! Ast posteritas me Judice decet:
HAHNIUS ingenio vicit utrumque suo

DOCTORI suo laudatissimo
Collegæ nunc observanter colendo

ENOCH GLÆSER Juris in Illustri Acad. Juliâ Pub. Professor.

EPIGRAMMA Sannazarianum.

VIderat Elmiacis HAHNIUM Themis alma sub umbris
Degere & assidua Jura polire manu.
Nunc mihi vel cunctos quantumvis Roma Sabinos
Objice & illa tuæ Lumina Gentis, ait.
Si quenquam nostro præfers, en! aspice utrumque:
Illum homines dices, hunc docuisse Deos.

Fama HAHNIANI Nominis jam dudum consecratum ab eodem GL.

INDEX

INDEX TITULORUM PANDECTARUM,

In quo prior numerus Librum, alter titulum ostendit: litera vero C. Codicem denotat.

A.

Abigeis. ff.lib.47.tit.14.
Acceptilatione. 46.4.
Accusationibus & inscriptionibus. 48.2.
Acquirenda vel omittenda hereditate 29.2.
Acquirenda vel amittenda possessione. 41.2.
Acquirendo rerum dominio. 41.1.
Actione rerum amotarum. 25.2.
Actionibus empti & venditi. 19.1.
Actionibus & obligationibus. 44.7.
Ademptione libertatis. 41.6.
Ad exhibendum. 10.4. & C.3.42.
Adimendis legatis, &c. 34.4.
Ad legem Aquiliam. 9.2.
Ad legem Corn. de falsis. 48.10.
Ad legem Corn. de sicariis. 48.4.
Ad legem Falcidiam. 35.2.
Ad legem Flaviam de plagiariis. 48.15.
Ad legem Iuliam de adulteriis, &c. 48.5.
Ad legem Iul. de ambitu. 48.14.
Ad legem Iul. de annona. 48.12.
Ad legem Iul. de vi privata. 48.7.
Ad legem Iul. de vi publica. 48.6.
Ad legem Iul. maiestatis. 48.4.
Ad legem Iul. peculatus &c. 48.13.
Ad legem Iul. repetundarum. 48.11.
Ad legem Pompeiam de parricidiis. 48.9.
Ad legem Rhodiam de iactu. 14.2.
Administratione & periculo tutorum. 26.7.
Administratione rerum ad civitates pertinentium. 50.8.
Ad municipalem, & de incolis. 50.1.
Adoptionibus & emancipationibus. 1.7.
Ad S. C. Macedonianum. 14.6.
Ad S. C. Syllanianum. 29.5.
Ad S. C. Tertyllianum. 38.17.
Ad S. C. Trebellianum. 36.1.
Ad S. C. Turpillianum. 48.16.
Ad S. C. Velleianum. 16.1.
Advocatis diversorum iudiciorum. C.2.7.
Advocatis fisci. C.2.9.
Aedilitio edicto & redhibitoria. 21.1.
Aestimatoria actione. 19.3.
Agnoscendis & alendis liberis, &c. 25.3.
Albo scribendo. 50.3.
Alea lusu & aleatoribus. 11.5.
Alienatione iudicii mutandi causa facta 4.7. & C.2.55.
Alimentis & cibariis legatis. 34.1.
Annonis & capitat. administrantium. C.1.50.
Annuis legatis. 33.1.
An per alium causa appellationis reddi possint. 49.9.
Apostatis. C.1.7.
Appellationibus & relationibus. 49.1.
Appellationibus recipiendis. 49.5.
Apud eum a quo appellatur, aliam causam agere compellendum. 49.12.
Aqua pluvia arcenda: vel aqua & aqua pluvia 39.3.
Aqua quotidiana & aestiva. 43.19.
A quibus appellare non licet. 49.2.
A quo appellet quis. 49.3.
Arboribus caedendis. 43.26.
Arborum furtim caesarum. 47.7.
Assessoribus & domesticis iudicum. C.1.49.
Assignandis libertis. 38.4.
Auro & argento legato. 34.2.
Authoritate & consensu tutorum, &c. 26.8.

B.

Bonorum possessione contra tabulas. 37.4.
Bonorum possess. ex testamento militis. 37.13.
Bonorum possess. furioso, infanti, &c. competente. 37.3.
Bonorum possess. secundum tabulas. 37.11.
Bonorum possessionibus. 37.1.
Bonis authoritate iudicis possidendis. 42.5.
Bonis damnatorum. 48.20.
Bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi conscuerunt. 48.21.
Bonis libertorum. 38.2.

C.

Cadaveribus punitorum. 48.24.
Calumniatoribus. 3.6.
Capitis diminutione, seu capite minutis. 4.5.
Captivis & postliminio reversis. 49.15.
Carboniano edicto. 37.10.
Castrensi peculio. 49.17.
Censibus. 50.15.
Certi condictione. 12.1.
Cessione bonorum. 42.3.
Cloacis. 43.23.
Collatione bonorum. 37.6.
Collatione dotis. 37.7.
Collegiis illicitis. 47.22.
Collusione detegenda. 49.16.
Commodati, vel contra. 13.6.
Communia praediorum, &c. 8.4.
Communione utriusque iudicii. C.3.38.
Communi dividundo. 10.3. & C.3.37.
Compensationibus. 16.2.
Concubinis. 25.7.
Concussionibus. 47.13.
Condictione causa data, causa non secuta. 12.4.
Condictione ex lege. 13.2.
Condictione furtiva. 13.1.
Condictione indebiti. 12.6.

Condictione ob turpem causam. 12.5.
Condictione sine causa. 12.7.
Condictione triticaria. 13.3.
Condictionibus & demonstrationibus. 35.1.
Condictionibus institutionum. 28.7.
Confessis. 42.2.
Confirmando tutore vel curatore. 26.3.
Conjungendis cum emancipato liberis. 37.8.
Consortibus eiusdem litis. C.3.40.
Constituta pecunia 13.5.
Constitutionibus principum. 1.4.
Contractibus iudicum, &c. C.1.53.
Contrahenda emptione & venditione. 18.1.
Contraria & utili tutelae actione. 27.4.
Crimine expilatae hereditatis. 47.19.
Crimine stellionatus. 47.20.
Curatore bonis dando. 42.7.
Curatoribus furioso vel aliis extra minores dandis. 27.10.
Custodia & exhibitione reorum. 48.3.

D.

Damno infecto, & suggrundis & protectionibus. 39.2.
Decretis ab ordine faciendis. 50.9.
Decurionibus. 50.2.
Defensoribus civitatum. C.1.55.
Depositi, vel contrà. 16.3.
Dilationibus. C.3.11.
Distractione pignorum. 20.5.
Diversis regulis iuris antiqui. 50.17.
Diversis rescriptis, &c. C.1.23.
Diversis temporalibus praescriptionibus, &c. 44.3.
Divisione & qualitate rerum. 1.8.
Divortiis & repudiis. 24.2.
Doli mali & metus exceptione. 44.4.
Dolo malo. 4.3. & C.2.21.
Donationibus. 39.5.
Donationibus causa mortis & capionibus. 39.6.
Donationibus inter virum & uxorem. 24.1.
Dote praelegata, seu relegata. 33.4.
Dotis collatione. 37.7.
Duobus reis constituendis. 45.2.

E.

Edendo. 2.13. & C.2.1.
Effractoribus & expilatoribus. 47.18.
Eo per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat. 2.10.
Eo qui pro tutore vel curatore negotia gessit. 27.5.
Eo quod certo loco dari oportet. 13.4.
Eo quod metus causa gestum erit. 4.2.
Episcopali audientia, &c. C.1.4.
Episcopis & clericis, &c. C.1.3.
Errore advocatorum, &c. C.2.10.
Errore calculi. C.2.5.
Etiam per procuratorem causam in integrum restit. agi posse. C.2.49.
Evictionibus & duplae stipulatione. 21.2.
Eum qui appellaverit, in provincia defendi. 49.11.
Exceptione rei iudicatae. 44.2.
Exceptione rei venditae & traditae. 21.3.
Exceptionibus, praescriptionibus, &c. 44.1. & C.8.36.
Excusationibus tutorum, & temporibus earum. 27.1.
Exercitoria actione. 14.1.
Expilata hereditate. 47.19.
Ex quibus causis infamia irrogatur. C.2.12.
Ex quibus causis majores 25. annis, in integrum restituuntur. 4.6.
Extraordinariis cognitionibus, & si iudex litem suam fecisse dicetur. 50.13.
Extraordinariis criminibus. 47.11.

F.

Familiae erciscundae. 10.2. & C.3.36.
Feriis. C.3.12.
Feriis & dilationibus, 2.12.
Fideicommissaria hereditatis petitione. 5.6.
Fideicommissariis libertatibus. 40.5.
Fide instrumentorum, & amissione eorum. 22.4.
Fideiussoribus & mandatoribus. 46.1.
Fideiussoribus, & nominatoribus, & heredibus tutorum. 27.7.
Fideiussoribus minorum. C.2.24.
Filiofam. minore. C.2.23.
Finium regundorum. 10.1. & C.3.39.
Fluminibus, ne quid in flumine ripave eius fiat, &c. 43.11.
Fonte. 43.21.
Formulis & impetrationibus actionum sublatis. C.2.58.
Fugitivis. 11.4.
Fundo dotali. 23.5.
Fundo instructo, vel instrumento legato: 33.7.
Furibus balneariis. 47.17.
Furti adversus nautas, caupones, stabularios. 47.5.
Furtis. 47.2.

G.

Glande legenda. 43.28.
Gradibus & adfinibus & nominibus eorum. 38.10.

H.

Hæredibus instituendis. 28.5.
Hereditate vel actione vendita. 18.4.
Hæreticis & Manichæis, &c. C.1.5.
His quæ in testamento delentur, &c. 28.4.
His quæ pœnæ nomine relinquuntur. 34.6.
His quæ pro non scriptis habentur. 34.8.
His quæ vi metusve causa gesta sunt. C.2.20.
His quæ ut indignis auferuntur. 34.9.
His qui ad ecclesias confugiunt, &c. C.1.12.
His qui ad statuas confugiunt. C.1.25.
His qui deiecerint vel effuderint. 9.3.
His qui in ecclesiis manumittuntur. C.1.13.
His qui notantur infamia. 3.2.
His qui potentiorum nomine titulos prædiis affigunt. C.2.15.
His qui sunt sui vel alieni juris. 1.6.
His qui veniam ætatis impetraverunt. C.2.45.

Impensis

Titulorum.

I.

Impensis in rebus dotalibus factis. 25.1.
Incendio, ruina, naufragio, rate expugnata. 47.9.
In diem addictione. 18.2.
In integrum restitutione minorum 25. annis. C.2.22.
In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat. C.2.50.
In integrum restitutionibus. 4.1.
Injuriis & famosis libellis. 47.10.
Injusto, rupto & irrito testamento. 28.3.
In jus vocando. 2.4. & C.2.2.
In jus vocati ut eant aut satisdent. 2.6.
In litem jurando. 12.3.
Inofficioso testamento. 5.2. & C.3.28.
Inofficiosis donationibus. C.3.29.
Inofficiosis dotibus. C.3.30.
In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est. C.2.41.
In quibus causis militantes fori praescriptione uti possunt. C.3.25.
In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahatur. 20.2.
In rem verso. 15.3.
Inspiciendo ventre, custodiendoque partu. 25.4.
Institoria actione. 14.3.
Instructo vel instrumento legato. 33.7.
Interdictis & relegatis. 48.22.
Interdictis seu extraordinariis actionibus. 43.1.
Interrogatoriis actionibus, seu interrogationibus faciendis. 11.1.
Itinere actuque privato. 43.18.
Judaeis & caelicolis. C.1.9.
Judicatum solvi. 46.7.
Judicio finium regundorum. 10.1.
Judiciis, &c. 5.1. & C.3.1.
Jure aureorum annulorum. 40.10.
Jure codicillorum. 29.7.
Jure deliberandi. 28.8.
Jure dotium. 23.3.
Jure fisci. 49.14.
Jure immunitatis. 50.6.
Jurejurando propter calumniam dando. C.2.59.
Jurejurando sive voluntario, &c. 12.2.
Jure patronatus. 37.14.
Jurisdictione omnium judicum. 2.1. & C.3.13.
Juris & facti ignorantia. 22.6. & C.1.18.
Juris formulis & impetrat. act. sublatis. C.2.58.
Justitia, & jure. 1.1.

L.

Legationibus. 50.7.
Legatis & fideicommissis liberis. 40.1.
Legatis, &c. II. 31.1.
Legatis, &c. III. 23.1.
Legatis praestandis, &c. 37.5.
Lege Aquilia. C.33.5.
Lege commissoria. 18.3.
Legibus & constitutionibus principum, &c. C.1.14.
Legibus S. C. & longa consuetudine. 1.2.
Legitimis tutoribus. 26.4.
Libellis dimissoriis. 49.6.
Liberali causa. 40.12.
Liberatione legata. 43.3.
Liberis agnoscendis. 25.3.
Liberis & posthumis haeredibus instituendis, &c. 28.2.
Liberis exhibendis, item ducendis. 43.30.
Libero homine exhibendo. 43.29.
Libertis universitatum. 38.3.
Litigiosis. 44.6.
Litis contestatione. C.3.9.
Locati & conducti. 19.1.
Locis & itineribus publicis. 43.7.
Loco publico fruendo. 43.7.

M.

Magistratibus conveniendis, &c. 27.8.
Magistratibus municipalibus. C.1.54.
Mandatis principum. C.1.15.
Mandati, vel contra. 17.1.
Manumissionibus. 40.1.
Manumissionibus quae servis ad universitatem pertinentibus, &c. 40.3.
Manumissis testamento. 40.4.
Manumissis vindicta. 40.2.
Migrando. 43.32.
Militari testamento. 29.1.
Minoribus 25. annis. 4.4.
Modo mulcta quae à judicibus infligi. C.1.15.
Mortis causa donationibus, &c. 39.6.
Mortuo inferendo & sepulchro aedificando. 11.8.
Muneribus & honoribus. 50.4.

N.

Natalibus restituendis. 40.11.
Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant. 4.9.
Nautico foenore. 22.2.
Ne Christianum mancipium haereticus, &c. C.1.10.
Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. 40.15.
Ne fiscus vel respub. procurationem, &c. C.2.18.
Negotiis gestis, seu negociorum gestorum. 3.5. C.2.19.
Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare, &c. C.2.14.
Nemini licere signum salvatoris Christi humi, &c. C.1.8.
Ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, &c. 43.12.
Ne quid in loco sacro fiat. 43.
Ne quid in loco vel itinere publico fiat. 43.8.
Ne quis eum qui in jus vocatus est, vi eximat. 2.7.
Ne quis in sua causa judicet, &c. C.3.5.
Ne rei militaris comitibus lavacra praestentur. C.1.45.
Ne sanctum baptisma iteretur. C.1.6.
Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est. 43.4.
Nil novari pendente appellatione, &c. 49.7.
Novationibus & delegationibus. 46.2.
Novi operis nunciatione. 39.1.
Noxalibus actionibus. 9.4. & C.3.41.
Nundinis. 50.11.

O.

Obligationibus & actionibus. 44.7.
Obsequiis à liberis & libertis praestandis. 37.15.

Officio

Officio assessorum. 1.22.
Officio civilium iudicum. C.1.49.
Officio comitis Orientis. C.1.37.
Officio comitis rerum privatarum. C.1.39.
Officio comitis sacrarum largitionum. C.1.32.
Officio comitis sacri palatii. C.1.34.
Officio comitis sacri patrimonii. C.1.36.
Officio consulis. 1.10.
Officio diversorum iudicum C.1.46.
Officio eius cui mandata est iurisdictio. 1.21.
Officio eius qui vicem alicuius iudicis, &c. C.1.48.
Officio iuridici Alexandriæ. 1.20.& C.1.55.
Officio magistri militum. C.1.29.
Officio magistri officiorum. C.1.31.
Officio militarium iudicum. C.1.44.
Officio præfecti Augustalis 1.17.& C.1.38.
Officio præfecti prætorio. 1.11.
Officio præfecti prætorio Africæ, &c. C.1.24.
Officio præfecti prætoriorum Orientis, &c. C.1.26.
Officio præfecti vigilum. 1.15.& C.1.42.
Officio præfecti urbis. 1.12.& C.1.28.
Officio præsidis. 1.18.
Officio prætoris. 1.14. & C.1.40.
Officio proconsulis & legati. 1.16.& C.1.35.
Officio procuratoris Cæsaris. 1.19.
Officio quæstoris. 1.13.& C.1.30.
Officio rectoris provinciæ, &c. C.1.41.
Officio vicarii. C.1.39.
Operibus publicis. 50.10.
Operis libertorum. 38.1.
Operis servorum. 7.7.
Operis novi nunciatione. 39.1.
Optione vel electione legata. 33.5.
Ordine iudiciorum. C.3.8.
Origine iuris & omnium magistratuum, &c. 1.2.

P.

P*Actis.* 2.14.& C.2.3.
Pactis dotalibus. 23.4.
Paganis & sacrificiis, &c. C.1.11.
Peculio. 51.1.
Peculio legato. 33.8.
Pedaneis iudicibus. C.3.3.
Penu legata. 33.9.
Periculo & commodo rei venditæ. 18.6.
Petitione hereditatis. 5.3.& C.3.31.
Pigneratitia actione. 13.7.
Pignoribus & hypothecis. 30.1.
Plus petitionibus. C.3.10.
Pœnis. 48.19.
Pollicitationibus. 50.12.
Popularibus actionibus. 47.23.
Possessoria hereditatis petitione. 5.5.
Postulando. 3.1.& C.2.6.
Præscriptis verbis. 19.5.
Prætoriis stipulationibus. 46.5.
Prævaricatoribus. 47.15.
Precario. 43.26.
Precibus Imperatori offerendis. C.1.19.
Privatis delictis. 47.1.
Privilegiis creditorum. 41.6.
Privilegiis veteranorum. 49.18.
Probationibus & præsumptionibus. 22.3.
Procuratoribus. C.2.13.
Procuratoribus & defensoribus. 3.3.
Pro derelicto. 41.8.
Pro donato. 41.7.
Pro dote. 41.10.
Pro emptore. 41.5.
Pro herede vel possessore. 41.6.
Pro legato. 41.9.
Pro socio. 17.2.
Pro soluto. 41.4.
Pro suo. 41.11.
Proxeneticis. 50.14.
Publicanis & vectigalibus & commissis. 39.4.
Publiciana in rem actione. 6.2.
Publicis iudiciis. 48.1.

Q.

Q*Uæ in fraudem creditorum facta sint, &c.* 42.9.
Quæ res pignori obligari non possint. 20.3.
Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur. 49.8.
Quæstionibus. 48.18.
Quando de peculio actio annalis est. 15.2.
Quando appellandum sit, &c. 49.4.
Quando dies legatorum cedat. 3.62.
Quando dies ususfructus legati cedit. 7.3.
Quando ex facto tutoris vel curatoris, &c. 26.9.
Quando imperator inter pupillos, &c. C.5.14.
Quando libellus principi datus litis contestationem faciat. C.1.20.
Quando liceat unicuique se vindicare. C.3.27.
Quarum rerum actio non datur. 44.5.
Quemadmodum servitutes amittantur. 8.6.
Quemadmodum testamenta aperiantur, &c. 29.3.
Quibus ad libertatem proclamare non licet. 40.13.
Quibus ex causis in possessionem eatur. 42.4.
Quibus ex causis maiores 25 annis, &c. 4.6.& C.2.54.
Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 20.6.
Quibus modis ususfructus vel usus amittatur. 7.4.
Quibus non competat bonorum possessio. 38.13.
Quibus rebus ad eundem iudicem eatur. 11.2.
Qui & adversus quos in integrum restitui non possint. C.2.42.
Qui & à quibus manumissi, liberi non fiant, &c. 40.9.
Qui legitimam personam standi in iudiciis habeant. C.3.6.
Qui petant tutores, vel curatores: & ubi petantur. 26.6.
Qui potiores in pignore habeantur, &c. 29.4.
Qui pro sua iurisdictione iudices dare possunt. C.3.4.
Quis à quo appelletur. 49.2.
Qui satisdare cogantur, vel iurato promittant, &c. 2.8.
Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt. 40.8.
Quis ordo in bonorum possessione servetur. 38.15.
Qui testamenta facere possint, &c. 28.1.
Quod cuiusque universitatis nomine, vel contra eum agatur. 3.4.
Quod cum eo qui in aliena potestate, &c. 14.5.
Quod falso tutore authore gestum esse dicatur. 27.6.
Quod iussu. 15.4.
Quod metus causa gestum erit. 4.2.
Quod quisque iuris in alium statuerit, &c. 2.2.
Quod vel quorum legatorum 43.3.
Quod vi aut clam. 43.23.
Quorum bonorum. 43.2.

R.

Rebus authoritate iudicis possidendis vel vendundis. 42.5.
Rebus creditis. 12.1.
Rebus dubiis. 34.5.
Rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, &c. 27.9.
Receptatoribus seu receptoribus. 47.16.
Receptis arbitris, seu qui arbitrium receperunt, &c. 4.8. & C.2.56.
Regula Catoniana. 34.7.
Regulis iuris. 50.7.
Re iudicata, &c. 42.1.
Rei vendicatione. 6.1. & C.3.32.
Religiosis & sumptibus funerum, &c. 11.7. & C.3.43.
Re militari. 49.16.
Remissionibus. 49.16.
Rem pupilli salvam fore. 46.4.
Rem ratam haberi, & de ratihabitione. 46.8.
Reputationibus quae fiunt in iudicio in integrum restitutionis. C.2.48.
Requirendis reis, vel absentibus damnandis. 48.17.
Rerum amotarum. 21.2.
Rerum divisione & qualitate. 1.8.
Rerum permutatione. 19.4.
Rescindenda venditione, &c. 18.5.
Restitutione in integrum. 4.1.
Restitutione militum, &c. C.2.51.
Ripa munienda. 43.15.
Ritu nuptiarum. 23.2.
Rivis. 43.29.

S.

Sacrificiis paganorum, &c. C.1.11.
Sacrosanctis Ecclesiis. C.1.2.
Salviano interdicto. 43.33.
Satisdando. C.2.57.
Senatoribus. 1.9.
Senatusconsultis. C.1.16.
Senatusconsulto Macedoniano. 14.6.
Senatusconsulto Syllaniano, &c. 29.5.
Sententiam passis & restitutis. 48.23.
Separationibus. 42.7.
Sepulchro violato. 47.12.
Servis exportandis. 18.7.
Servis fugitivis. 11.4.
Servitute legata. 33.3.
Servitutibus. 8.1. & C.3.34.
Servitutibus rusticorum praediorum. 8.3.
Servitutibus urbanorum praediorum. 8.2.
Servo corrupto. 11.3.
Si adversus creditorem restitutio postuletur. C.2.38.
Si adversus delictum suum, &c. C.2.35.
Si adversus donationem, &c. C.2.30.
Si adversus dotem, &c. C.2.34.
Si adversus fiscum, &c. C.2.37.
Si adversus libertatem, &c. C.2.31.
Si adversus rem iudicatam, &c. C.2.27.
Si adversus solutionem, &c. C.2.33.
Si adversus transactionem, &c. C.2.32.
Si adversus venditionem, &c. C.2.28.
Si adversus venditionem pignoris, &c. C.2.29.
Si adversus usucapionem, &c. C.2.36.
Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur. 6.3.
Si a parente quis manumissus fuerit. 37.12.
Si certum petatur. 12.1.
Si contra ius vel utilitatem publicam, &c. C.1.22.
Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit, &c. 35.3.
Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur. 2.9.
Si familia furtum fecisse dicatur. 47.6.
Si in communi causa in integrum restitutio postuletur. C.2.26.
Si is qui testamento Liber, &c. 47.4.
Si libertus ingenuus esse dicatur. 40.14.
Si mensor falsum modum dixerit. 11.6.
Si minor ab haereditate abstineat. C.2.39.
Si minor se maiorem dixerit, &c. C.2.43.
Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa, &c. 2.56.
Si pars haereditatis petatur. 5.4.
Si pendente appellatione mors intervenerit. 49.13.
Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. 9.1.
Si quid in fraudem patroni factum sit. 38.5.
Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. 29.6.
Si quis cautionibus, &c. 2.11.
Si quis in ius vocatus non ierit, &c. 2.5.
Si quis ius dicenti non obtemperaverit. 2.3.
Si quis omissa causa testamenti, ab intestato, &c. 29.4.
Si quis testamento liber, &c. 47.4.
Si saepius in integrum restitutio postuletur. C.2.44.
Si servitus vendicetur. 8.5.
Si tabulae testamenti extabunt. 37.2.
Si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. 38.6.
Si tutor vel curator intervenerit. C.2.25.
Si tutor, vel curator, vel magistratus creatus appellaverit. 49.10.
Si ventris nomine mulier in possessionem, &c. 25.5.
Si ususfructus petatur. 7.6.
Si ut omissam haereditatem acquirat. C.2.40.
Solutionibus & liberationibus. 46.3.
Soluto matrimonio quemadmodum dos petatur. 24.3.
Sponsalibus. 23.1.
Sportulis & sumptibus faciendis. C.3.2.
Statu hominum. 1.5.
Statuis & imaginibus. C.1.24.
Statu liberis. 40.7.
Stellionatus. 47.20.
Stipulatione servorum. 45.3.
Successorio edicto. 38.9.
Suis & legitimis haeredibus. 38.16.
Summa Trinitate, &c. C.1.1.
Supellectile legata. 33.10.
Superficiebus. 43.17.
Suspectis tutoribus & curatoribus. 26.10. & C.5.43.

T.

Tabulis exhibendis. 43.5.
Temporibus in integrum restitutionis. C.2.53.
Termino moto. 47.21.
Testamenta quemadmodum aperiantur. 29.3.
Testamentaria tutela. 26.2.
Testamentis, & qui testamenta facere possunt. 28.1.
Testamento militis. 29.1.
Testibus. 22.5.
Tigno iuncto. 47.3.
Transactionibus. 2.15. & C.2.4.
Tributoria actione. 14.4.
Tritico, vino, oleo legatis. 33.6.
Tutelae & rationibus distrahendis, &c. 27.3.
Tutelis. 26.1.
Tutoribus & curatoribus datis ab his, &c. 27.3.

V. *Vaca-*

V.

Vacatione & excusatione munerum. 50.5.
Variis & extraordinariis cognitionibus. 50.13.
Ubi causae fiscales, &c. C.3.26.
Ubi causa status agi debeat. C.3.22.
Ubi conveniatur qui certo loco, &c. C.3.18.
Ubi de criminibus agi oporteat. C.3.15.
Ubi de hereditate agatur. C.3.20.
Ubi de possessione, &c. C.3.16.
Ubi de ratiociniis, &c. C.3.21.
Ubi & apud quem cognitio in integrum restit., &c. C.2.47.
Ubi fideicommissum peti oporteat. C.3.17.
Ubi in rem actio, &c. C.3.19.
Ubi pupillus educari vel morari debeat, &c. 27.2.
Ubi quis agere vel conveniri debeat. 5.1.
Ubi quis de curiali conditione conveniatur. 3.23.
Ubi senatores vel clariss. conveniantur. C.3.24
Ventre in possessionem mittendo, &c. 37.8.
Ventre inspiciendo. 25.4.
Verborum obligationibus. 45.1.
Verborum & rerum significatione. 50.16.
Veteranis. 49.18.
Veteranorum & militum successione. 38.12.
Vetere iure enucleando, &c. C.1.17.
Via publica & itinere reficiendo, &c. 43.10.
Vi bonorum raptorum, & de turba. 47.8.
Vi, & vi armata. 43.15.
Unde cognati. 38.8.
Unde legitimi. 38.7.
Unde liberi. 38.6.
Unde vir & uxor. 38.11.
Usucapionibus & usurpationibus. 41.3.
Usu & habitatione. 7.8.
Usu & usufructu legatis, &c. 33.2.
Usufructuarius quemadmodum caveat. 7.9.
Usufructu accrescendo. 7.2.
Usufructu earum rerum quae usu consumuntur. 7.5.
Usufructu, & quemadmodum quis utatur, &c. 7.1.
Usufructu & habitatione, &c. C.3.33.
Usuris & fructibus causis, accessionibus, mora. 22.1.
Ut ex legibus & S.C. bonorum possessio detur. 38.14.
Ut in flumine publico navigare liceat. 43.13.
Ut in possessione legatorum, &c. 36.4.
Uti possidetis. 43.17.
Ut legatorum seu fideicommissorũ nomine caveatur. 36.3.
Ut lite pendente vel post provocationem, &c. C.1.21.
Ut nemini liceat signa, &c. C.2.17.
Ut nemo invitus agere cogatur. C.3.7.
Ut nemo privatus titulos, &c. C.2.16.
Ut omnes iudices post administrationem, &c. C.1.47.
Ut quae desunt advocatis, &c. C.2.11.
Utrubi. 43.31.
Vulgari & pupillari substitutione. [illegible]
Uxoribus militum, & eorum qui reipub. causa absunt. C.2.58.

HENRICI HAHNII JCTI,

OBSERVATA

Ad Matthæi Wesenbecii in L. libros Digestorum Commentarios, & in hos editas Reinhardi Bachovii Notas & Animadversiones.

THEORETICO PRACTICA;

tertiùm recognita, emendata, plurimùm aucta,

Inserto quoque fideliter textu VVesenbeciano, ad quem se referunt, nec non plurimis ad justi & injusti, inprimis moralia & politica principia, veram Juris Philosophiam, revocatis.

MATTHÆI WESENBECII COMMENTARIUS

IN DIGEST. LIB. I.

TITULUS I.

De Justitia & Jure.

1. Continuatio tituli.

OMnis quæ via & ratione suscipitur, de re quapiam institutio, principio finem, quo res ea fertur atque collimat, prospicere: deinde media ad exitum rectè ducentia vestigare prudenter, & aperire solerter debet. Quemadmodum enim viatores, qui & certam metam propositam, & semitam quæ eò recta ferat, probè cognitam habent, minus aberrare possunt: sic in doctrinis artium tradendis, cùm initio finis cujusque disciplinæ proponitur, & apta subinde methodo commodaque discendi facultate, quæcunque eò sine errore perducere queant, commonstrantur: fit ut in tota deinceps institutione hallucinari minus & impingere discentes possint. Eandem viam insistentes nostri compositores, primò finem hujus doctrinæ ostendunt: tum compositiva ac definitiva methodo, à summis principiis artis, juxta seriem & naturalem rerum ordinem progredientes, & ex simplicibus conjuncta, ex antecedentibus consequentia extruentes, ad finem quem initio ostenderunt, perveniunt: & quasi manu ducentes, a carceribus ad metam usque hujus artis, recto itinere studiosos transmittunt.

2. Finis Jurisprudentia, & media ad finem.

Ut autem artis Medicæ finis est, conservare & restituere sanitatem: medium seu officium, præservare à morbis, & curare appositè ad sanandum: sic Jurisprudentiæ finis est, conservare in vita civili justitiam, quæ est quasi sanitas politiarum. *Sap. 6. Multitudo sapientum est sanitas orbis terrarum. Novell.* 111. Cicero lib. 1. de Orat. Sit in Jure, inquit civilis finis hic legitimè atque usitatæ in rebus causisque civium, æqualitatis conservatio. Porrò medium quo id obtineri potest, est jus nosse, & quid quaque in re justum injustum, æquale inæquale sit, ratione & studio exquirere, idemque exquisitum atque cognitum scienter reddere, & in usum fori publicum educere, ac omnibus rerum humanarum actionibus, cùm publicis tum privatis, rectè atque æquabiliter accommodare. Quocirca disputant initio nostri de justitia, tanquam de causa & fine artis: tum in genere de principiis, partibus ac speciebus juris: quæ principes viæ sunt, quibus ad justitiam itur, primaque elementa ac fundamenta, unde per σύνθεσιν paulatim progrediendo, juris ars extruitur. Porrò velut in reliquis disciplinis, quanquam in foribus finis cujusque indicatur: non tamen analytica serie opus extrui usitatum est, sed ad compositivam ac definitivam methodum: quæ maximè ad discendum docendumq; est accommodata, tota plurimum explicatio instituitur: sic nostri Juris compositores, contenti initio digitum intendisse in finem Jurisprudentiæ, qui est justitia, statim ad principia redeunt: & naturam rerum secuti, à primis juris elementis ac universalibus principiis progredientes, artem juris componunt: opusque Pandectarum totum, ex partium omnium naturali serie aptarum invicem & consequentium, ac singularum partium ita junctarum definitionibus & divisionibus pertexunt & absolvunt: ut ex integra totius hujus Operis serie ac concinnatione, facile intelligi potest.

3. Unde dicta sit justitia, & quàm variè accipiatur.

Justitiam ab eo dictam censet Alc. *Parer. l. 1. c. cap. 19.* quòd vim sistat: Hotomannus, *in Instit. tit. 1.* quod in ea jus sistatur: ex Isidoro, *c. forus de verb. signif.* qui vult justitiam esse dictam, quasi juris statum, quòd in ea jus consistat. Simplicius est dicere, à jure justum, justitiam a justo justa esse, addita particula TIA: sicuti est a mœsto mœsti, mœstitia: lætо læti, lætitia: & si qua sunt similia. Itaque rectè No. 69. *Ut om. pro mag. obed. In authen.* ex re ipsa, hoc est, ex jure quod cuique quatenus suum est, tribuit, trahere nomen, & justitia dici, scribitur. Justitiæ porrò vox hac in disputatione legali & politica, legaliter etiam accipi debet: videlicet de justitia operum, seu obedientia superiori debita, sive de ordine, quo quæ inferiora sunt, superiori parent & obsequuntur. Etenim verba secundum subjectam materiam accipiuntur. *l. si ex conducto 15 § Papin. ubi Dd. locat.* & talia sunt subjecta, qualia permittuntur esse a prædicatis, *glo. fin. in c. dudum 31. de decim. Capoll. in tract. servit. rustic. præd. cap. de aqua duct. num. 14. text. in l. 3. de fund. instruct. leg.* Prædicatur autem hic de justitia, quòd suum cuique tribuat. Sequens est igitur, subjectum justitiæ vocabulum, de justitia operum, quæ in agendo tribuendoque versetur, interpretari. Ut autem injustitia duplex est, sic & justitia hac in significatione bifariam accipitur. Contrariorum enim eadem est disciplina, *l. penul. §. fin. ubi glo. qui satis d. cogan. l. 1. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Alia namque prohibetur esse injustitia universalis, Græcis ἀνομία *1. Ioan. 3. Arist. Ethic. lib. 1. c. 3. 4.* seu ἀδικία *Rom. 1. 18. & 2. 1.* quæ est universalis inobedientia & contumacia, contemptusque omnium ex æquo legum: qualis est in Cyclopibus, qui jura negant sibi nata. Alia injustitia particularis, est defraudatio vel restrictior, quæ etiam in his esse potest, qui alias justi perhibentur: ut Cato injustus est, spolians Cyprum, sibique manus inferens: *Plutar. in ejus vita.* Cyrus, dum iniquo judicio ad analogiam Geometricam, rerum commutationes exigit: *Xenoph. l. 1. Cyroped.* Brutus, Thessalonicem & Spartam prædæ militum exponens: *Plutarch. in ejus vita.* Pythius, Romano equiti Cannio Græca fide imponens. *Cic. lib. 3. Offi.* Eadem igitur ratione è diverso vocabulum justitiæ duobus modis accipitur. Primò pro justitia universali: quæ est obedientia universalis erga omnes leges, divinas & humanas, naturales & civiles: & opponitur peccato seu anomiæ, *1. Ioan. 3. Rom. 1. & 2. Psalm. 119.* quomodo philosophus Aristides perhibetur justus. Secundò pro justitia particulari, quæ tuetur personarum ordinem, vel efficit æqualitatem in contractibus: ut cum dicimus, justum esse, eruditos & idoneos ad gubernacula rerum promoveri: aut mercatorem esse justum, qui non defraudet emptores in contrahendo, *sic Genes. 30. Cras, inquit Iacob, respondebit tibi justitia mea.* Distinctis ita justitiæ appellationibus, seorsim de utraque aliquid dicendum est.

4. Triplex justitiæ universalis definitio.

Justitia universalis pro triplici hominis (de hujus enim justitia quærimus) ordine atque respectu, trifariam definiri solet. *Paulus ad Tit. cap. 2. vers. 12. Apparuit gratia Dei, erudiens nos, ut abnegantes impietatem, vivamus temperanter (ergà nos ipsos, & in vita privata) justè (erga reliquos homines) & piè (erga Deum scilicet)* Primus igitur est ordo hominis erga Deum: cui ut conditori & Domino cultum ac obedientiam debet. Qua in parte justitia universalis ita definiri solet, ut sit obedientia omnium in homine virium, necessariò præstanda Deo conditori, juxta omnes leges: ab ipso propterea naturæ humanæ insitas, ut congruat nostra natura cum mente & voluntate Dei, & non congruens destruatur: & ut in hoc judicio agnoscatur, qualis ipse sit, & a malis discernatur: aut paulò aliter: Justitia est universalis obedientia, Deo debita, congruens ad normam totius Decalogi, seu legis naturæ, divinitus insita mentibus nostris, ut agnoscamus, qualis sit ipse Deus, & quibus officiis coli velit. Hanc definitionem propriè tradit Ecclesiæ doctrina, quæ hunc solum ordinem præcipue intuetur: quia finem actionum humanarum omnium, ad Deum (ut par est) refert. Est autem hæc justitia spiritualis, & pietas absoluta nominari potest, quæ peracta demum hac mortalitate, in beatis angelis & hominibus, ad omnem æternitatem est effulsura. Nam in hujus naturæ depravatione, tantum imputatione & inceptione quadam in piis inchoatur: ideoque non tam justitia legalis, quam Evangelica hic quidem debet prohiberi. Alter ordo est hominis erga seipsum, qui in hoc uno maximè laborare debet, ut quoniam ex variis ac dissimilibus partibus est compositus, operam det, quo motus & facultates animi inferiores, expertes judicii ac rationis, rectæ rationi velut τῷ ἡγεμονικῷ obtemperent: ne incustodite licentiusque effusæ, turbent vitæ communitatem atque harmoniam. Hunc præcipuè ordinem Philolosophica Platonis intuetur schola, *lib. 4.* πολιτειῶν *Aristot. lib. 5. Ethic. cap. ult.* quæ privatim absolvere hominem, & virtutis atque officii studio bonum semper virum, non æque bonum semper civem efficere conatur: eoque sic justitiam definit, ut sit obedientia omnium virium in homine, erga rectum judicium rationis, & suavissimus quidam omnium facultatum animæ in homine concentus, quam maximam musicam vocant: quod non de sonis vocum, sed pro subjecta materia de concordia partium omnium animæ cum ratione debet accipi. Hoc respectu justitia non multum a virtute, & habitu virium interiorum ordinato differt, sicut est in versiculo Theognidis: *Iustitia in sese virtutes continet omnes*: nisi quod virtus absolutè ponitur, justitia relativè. Quamobrem Aristot. lib. 5 Ethic. cap. 3. 16. hæc non reali, sed rationis distinctione, hoc est, non re & subjecto, sed ratione secernit: cum vult virtutem esse habitum absolutum naturæ congruentem, qui hominem in se perficiat: justitiam autem habitum relativum, qui aliis prosit, & ad alterum referatur. Tertius ordo, est Politicus, quo homo, utpote civili vitæ natus, ad leges, ad magistratus, ad concives, ad suos, ad omnes denique reipub. partes, velut civis & homo Politicus aptatur: ut harmoniam consociationis civilis, suo quasi concentu & attemperatione juvet atque perficiat. Hunc ordinem maximè probant & intuentur politici, leges, magistratus, & omnes illi, qui ad societatis humanæ, & civilis vitæ cultum hominem esse natum ducunt, summumque bonum in beato reipublicæ statu positum arbitrantur. Hoc fine consensuque Aristot. *lib. 5. Ethicor. cap. ultim.* hominem in civitate locans, ab eo justitiam exigit, quæ sit universalis obedientia erga omnes leges societatis politicæ: in qua bene justeque constituta, virum & civem bonum, in alia civem, non etiam virum bonum ea justitia efficit. Id paulo aliter reddidit Cicero, *lib. 1. de Legibus.* Justitia est obtemperatio scriptis legibus, institutisque populorum. In hac consideratione justitia idem est cum disciplina externa: quæ est ordo vitæ, caveas ne quid contra legum præcepta committat. Leges enim tantum externam obedientiam locomotivæ non mentis, aut voluntatis, aut cordis ἐντάξιαν requirunt. *l. cogitationis 18. de pœnis.* Nam hæc in ista naturæ depravatione impossibilis est, & præstari nequit. Impossibilia verò lege præcipi nec possunt, neque debent. *l. impossibilium de reg. juris.* Sed neque perviderі latebræ & inordinati motus animi, eoque nec lege ornari possunt. Quapropter in societate civili, de foro politico pro perfecta, justitia hæc externa obedientiæ species habetur: qua omne νόμιμον putat esse δίκαιον nec de lege lata disputare, *c. in istis, dist. 4. l. non possunt infr. de legib. l. prospexit, qui & à quib. l. 1. §. pen. de exerc. act.* sed ei sanctè obedire in animum inducit. Cum autem nos legum expositionem profiteamur, & disciplinæ forensis ministri simus, ac ad societatem cultumque civilem studia nostra referantur: convenit ut hanc Aristotelicam definitionem, utpote nostro instituto maximè accommodatam, hac in professione retineamus.

5. Divisio, partes & species.

Hujus autem justitiæ, sicut & legum ipsarum, duæ sunt partes, videlicet θέσις τῶν ἐπιχειρημάτων, καὶ ἀναίρεσις τῶν κακῶν. Ut enim duo injustitiæ genera ponit Cicero: *lib. 1. Offic.* unum eorum qui inferunt; alterum eorum qui ab his quibus infertur, si possunt, non propulsant injuriam, *Marci 7.* sic è diversò ad explendum justitiæ munus, non sufficit abstinere injuriis, easque depellere illatas, sed etiam patria, leges, magistratus, parentes, liberi, amici, denique tota hominum societas, omni opera atque studio juvanda est: quomodo videre licet etiam in sacris literis hæc duo conjunctim perpetuò præcipi, ut Psal. 34. Declina à malo, & fac bonum. Esaiæ 1. Desinite agere perversa, & discite benè facere. Et ut ad nos revertamur, non longè hinc abludit Ulp. cum ait, *l. 1. h. t.* Et metu pœnarum, & præmiorum exhortatione, homines bonos efficiendos. Species autem hujus justitiæ, sunt omnes virtutes: præcipuè religio, pietas, gratitudo, innocentia, defensio, benevolentia, liberalitas, fides, observantia juris, æquum & bonum, &c. Idque quatenus in politica societate erga alios homines exercentur, non quatenus privatam cujusque vitam absolvunt: nam hactenus ad priores illius justitiæ definitiones referendæ sunt.

6. Causa efficiens.

Causa efficiens hujus justitiæ principalis, est Deus author omnis boni ordinis, *Rom. 13. Eph. 4. 1. Cor. 14.* nam ut oculus videat, auris audiat, Dominus facit utrumque *Prov. 20.* Deinde mens humana, de legũ authoritate & cultu ex notitia naturali verè judicans: & voluntas liberè ac constanter obediẽs honestis legibus, & imperans externis membris, ut cũ hac norma legũ congruant. Nam ad perfectionem cujusque virtutis, tria requiruntur: primum recta ratio & judicium, ut ex certa scientia quid fiat: secundò libera voluntatis electio seu προαίρεσις: tertiò constantia in honesto proposito, & perseverantia in benè agendo, quomodo justitia quoque definitur constans & perpetua voluntas, *in prin. Inst. de just. & jur. l. justitia 10. h. t.* Aristotelicæ justitiæ remota causa lex est: Proxima προαίρεσις legibus obediens. Συναίτια sunt præcepta legum, doctrina Ethica, naturalis inclinatio, bona disciplina, sicut Aristoteles ait: Justos fieri homines natura, doctrina, & consuetudine.

Materia

Materia in qua, est voluntas humana, cor, & externa membra, lingua, manus, &c. Materia circa quam, sunt omnium virtutum objecta, Plato lib. 4. πολιτ. in duobus ait versari justitiam: quæ sunt τὰ αὑτοῦ πράττειν, καὶ μὴ πολυπραγμονεῖν: & indicantur à D. Paulo, 1 Thess. 4. 11. dum vult unumquemque ἡσυχάζειν καὶ τὰ ἴδια πράττειν. Aristotelicæ justitiæ materiæ, sunt τὰ νόμιμα hoc est, virtutes & vitia, quatenus de his lege cautum est. *Arist. Ethic. lib. 5. cap. 16.*

7. *Materia in qua, & circa quā.*

Forma, est ipsa obedientia, seu actionum omnium cum legibus ac ratione convenientia. Forma Aristotelicæ justitiæ propria, quod πρὸς νόμον refertur, & ad ejus normam obediendo congruat: quod cum sit, justitia velut formam & esse suum adepta existit. *l. Julianus 9. § 2. ad exhib.* Communis verò forma omnis justitiæ, quòd (ut diximus) πρὸς ἄλλον refertur. Fines, ut Deo mos geratur: ut civilis hominum societas servetur, & sit tranquilla: ut evitam pœnæ præscriptæ contumacibus, expectata præmia præsentia & æterna polliut: & denique, ut tranquillitas & lætitia bonæ conscientiæ, quæ est dulcis nutricula senectutis, in omni vita conservetur.

8. *Forma, finis & effectus.*

Etsi porrò virtutes inter se omnes individua copula sunt conjugatæ: tamen ad justitiam proximè accedunt sedulitas in agendis necessariis, & vitandis non necessariis: reverentia erga Deum, & Magistratum; *l. 2. ff. [illegible]* charitas patriæ, & politici ordinis, modestia & similes. Contraria sunt, in gubernatoribus præcipuè tyrannis, injustitia, peccata, *de quibus gl. & Dd. l. si mora solu. matri.* commissionis & omissionis ac ignorantiæ affectatæ, *Tiraq. in retrac. prox. § 35. gl. 1. num. 27. per l. 1. de adil. empt. l. qui contra verb. errore non affectato. C. de incest. nupt. c. cum inhibitio. § si quis verò verb. affectatores ignorantiæ de cland. despon. c. 2. verb. affectata ignorantia de temp. ord. l. 6.* cujusmodi sunt & committuntur in gubernatione reipub. distensione bonorum, & pœnis scelerat orum. Item contraria in subjectis potissimum, contumacia & contemptus Magistratuum ac legum, seditio, insidiæ, injuriæ, malitiosa juris interpretatio, & cæteræ rerumpublicarum pestes.

9. *Cognata & contraria.*

Jam progrediamur ad alteram justitiæ speciem, quæ Particularis dicitur: cum quia quodammodo pars est illius justitiæ universalis *Arist. lib. 5. ca. 3. 4. 5.* quæ totam civilem vitam, privatam & publicam gubernat, omniumque honestarum legum obedientiam atque cultum, domi juxta ac foris exigit: tum quoniam aliquas duntaxat ex parte humanas actiones regit, videlicet quatenus in communi vita cum alio versatur: nec omnium legum obedientiam complectitur, sed earum duntaxat, quæ de commerciis atque actionibus hominum, in quibus est mutuum συνάλλαγμα & officium, aliquid constituunt: neque verò etiam legum præcipuè authoritate, ut illa superior, sed ipsa magis æqualitate permovetur: nec tam τὸ νόμιμον, quam τὸ ἴσον, δίκαιον spectat. Est igitur justitia particularis (ut ex authoritate Simonidis definiunt nostri) constans & perpetua voluntas, jus suum cuique tribuens. Constans & perpetua voluntas: significat habitum, seu firmum propositum, (ut Græci dicunt) ἕξιν προαιρετικήν. nec enim voluntas, nisi in habitum transierit, firma & constans esse potest. Quia verò plurimarum rerum in homine voluntas & cupiditas est, ut scientiæ, opum, gloriæ, immortalitatis: ideo additur differentia, ab officio sumpta, (ut in definitionibus virtutum quæ aliis differentiis propriis destituuntur, fieri solet) Jus suum cuique tribuens: hoc est, servans æqualitatem cum cæteris hominibus, & decorum cuique reddens, cui tributum: cui vectigal, vectigal: cui timorem, timorem: cui honorem, honorem: *Rom. 13. 7.* nec cujusquam corpori, famæ, bonis injuriam ullam inferens. Proprium enim justitiæ munus & officium est, recta se agere, & suum cuique, hoc est, alteri debitum tribuere. Quare Aristoteles rectè dixit, cæteras quidem virtutes uteutis proprias esse, justitiam autem communem & publicam. Addita est autem particula, Cuique: distinguens justitiam a liberalitate, quæ tribuit debitum species: hoc est, ex ἀνθρωπίνῳ officia præstans humanitatis, etiam non debita. At justitia cuique, hoc est, singulis individuis tribuit suum: nempe, debitum & conveniens vel lege naturæ, vel jure civili.

10. *Differentia justitiæ universalis & particularis: & quid sit particularis.*

Species hujus justitiæ, duæ sunt: Distributiva & Commutativa. Quemadmodum enim reliquæ virtutes sunt mediocritates, seu (ut vulgò loquimur) medietates duorum extremorum, vitiolorum scilicet affectuum, quos intra modum rationis cohibent: ita justitia particularis, totam civilis vitæ societatem, iisdem æqualitatis & mediocritatis regulis atque finibus definit & coercet. Porrò in civili hominum communitate, sic est natura comparatum, ut partim ordinandæ personæ sint, & suo quæque loco atque gradu, quasi in magno civitatis theatro collocandæ: & quia ad agendum natæ sunt, singulis convenientia munera, officia publica, pœnæ, præmia rectè praveque factorum tanquam in ampla domo familiaque sint tribuenda: partim etiam res privatorum communicandæ: inter eosdem, & commutandæ: quia cum in rebus humanis alii aliorum operis & rebus perpetuò, ex ordinatione divina, ut communitas servetur, indigeant, sine assidua rerum permutatione, nulla societas civilis durare perdiu posset. Non autem esset assiduum atque permanens commercium: quia foret injustum atque injurium, nisi æqualitate privatarum rerum parique numero, pondere & mensura constaret: cæteroqui cum in infinitum contractus abeant & porrigantur, alteram tandem partem exhauriri, atque ita commutationis perpetuitatem ac durationem collabi & perire esset necesse. Ex quo fit, ut alia æqualitas (in qua inest & elucet justitia) in ordinandis personis, alia verò in rerum communicatione observetur. In personis enim medietas, quo ad nos, seu personalis, similis proportioni Geometricæ: in rebus, medietas rerum, similis analogiæ Arithmeticæ quæritur, cujus discriminis ratio expedita est. Illa enim cum bona tantum publica dispensentur, non fit alicui injuria, si pro cujusque dignitate & convenientia cuique privato, ejusmodi communicentur. Quin potius ita fieri, omnino justum est, & in commune bonum ac utile. Nam quando inter personas magna sit differentia & inæqualitas, sive bona animi spectes, sive corporis, sive externa, sive etiam facta singulorum & mores: *l. inter 31. ff. de solut. Vide Hippocr. lib. 1. de vet. medicina in princ.* idcirco non possunt publica illis singulis æqualia numero & mensura tribui. Hinc enim omnium rerum confusio sequetur, si (verbi gratia) eadem munia, officia, præmia & pœnæ peritis juxta atque imperitis, bonis & nocentibus, bene meritis & indignis distribuantur. Quemadmodum ergo Geometrica proportio, non numerorum intervalla simpliciter considerat, sed æqualitatem proportionum & rationum inter se comparat: ponderans (ut ita dicam) magis quantitates, quam annumerans: sic justitia distributiva non indifferenter juxta numerum personarum, functiones distribuit, sed quid cuique conveniat perpendit, & convenientia singulis suo loco dispartitur, *Cic. lib. 1. Offic.* Non mulieribus confert officia publica, *l. alienam 18. C. de procur. l. 2. de reg. jur.* sed viris sapientibus, eruditis, justis, eloquentibus, & in summa idoneis defert magistratus, *Novell. const. 81. de jud.* curam Ecclesiarum, *c. nullus c. presbyteri 24. dist. c. omnium 12. de pœn. & rem.* tutelam *l. divus 54. de tut. & curat. dat. ab his & tot. tit. de mag. conveniend.* & alia publicæ gubernationis officia: peritis & doctis, nec illiberalibus medicis, curationem tuendæ valetudinis mandat, & salaria constituit: *l. 4. de decr. ab ord. faciend. l. 1. 34. de var. & extr. cog. l. 1. l. archiatr. 9. C. de profess. & med. lib. 12.* magistros studiorum doctos, eloquentes, & bene moratos, probatosque, juventuti erudiendæ præficit *l. magistros 7. C. de profess. & med. l. 10.* militiam commendat non servis, *l. pen. & l. fin. C. qui milit. poss. lib. 12.* negociatoribus, *l. un. C. negot. ne milit. lib. 12.* agricolis, *l. 3. C. qui milit. poss. lib. 12.* sed viris fortibus, & probatæ virtutis: *l. 1. C. qui milit. poss. lib. C. de re milit. lib. 12.* agriculturam contra & negociationem non militibus, *l. milit. 31. C. loc. & conduct. l. nobiliores 3. C. de commerc. & merc.* sed industriis, idoneisque hoc in genere hominibus committit. *tot. tit. C. de agric. & censit. lib. 11. Novell. de statu & consuet. contra Eccles. lib. § agricultores,* præmia & salaria bene meritis constituit, *l. 1. tot. tit. de var. & extr. cogn. l. medicos 6. in fin. C. de prof. l. 10. l. 1. § [illegible] tit. c. omnis dist. 3. l. ult. C. de stat. & imag.* pœnas nocentibus pro cujusque merito irrogat *tot. tit. de pœn.* nec usquam certius conspici hujus justitiæ actio potest, quam in pœnarum distributione. Nam tametsi lex in genere & in abstracto, citra aliquem personarum & rerum complexum, & sine προσωποληψίᾳ pœnam constituat Arithmeticâ proportione, & ex lege talionis delicto eam commensuratæ: *l. rescriptum 6. de his quibus ut indig. l. respiciendum 11. de pœn. l. sancimus 22. vers. nec ulterius C. de pœn. l. 1. C. ubi Senat. vel clariss. Aut. cognitio C. com. de success. l. 1. § 2. ad l. Corn. de sicar. l. 1. § cum patronis de off. præfect. urb. c. 2. de his qua fiunt à major. parte capit. Decius in l. quod à quoquam 46. num. 3. de reg. jur. Hipp. in pract. crimin. § expedita num. 18. & § opportune num. 57.* tamen justitia hæc, legis executrix, seu magistratus, instrumentum justitiæ, cum legem exequitur, & in concreto de pœna personæ applicanda disputat, rem ad proportionem Geometricam reducit: nec tantum quid facto debeatur, sed quid congruat personæ, tam ejus qui deliquit, quam illius in quem commissum est, expendit, & examinat, *l. sacrilegii 6. ad l. Jul. pecul. l. aut facta 16. l. moris 9. § fin. de pœn.* Quotiescunque enim de aliquo jure publico (quod nunc quærimus) personis attribuendo agitur, toties ad hanc analogiam Geometricam recurratur in administranda justitia, necesse est: propterea quod personarum ingenia, voluntates, dignitates, status, consilia, dicta atque facta inæqualia sint, ut iis æqualia numero tribui non possint. Unde natum illud quod vulgò dicitur: Duo cum idem faciunt, non est idem. Hac ratione gravius in eodem delicti genere punitur servus quam liber, *l. capitalium 28. § fin. l. in servorum 10. de pœn.* famosus, quam integræ famæ reus, *d. l. capitalium 28. in fin. de pœn.* plebeius quam egregius, *d. l. in servorum. l. 3. § fin. l. pen. de sicar. § item l. Jul. instit. de pub. jud. l. 3. C. de pœn. cum sim.* adultus quam minor,

11. *Divisio & species justitiæ particularis.*

l. auxilium 37. § in delictis de minor. l. fere. 108 de reg. jur. & interdum presbyter quàm laicus, *l. presbyteri. 8. in fin. C. de episc. & cler.* miles quam paganus. *l. 4. § adulterii de re milit. l. quadam. 14. de pœn.* Nam cui plura committuntur, ab eodem plus exigitur, *gloss. d. l. presbyteri. in fin. per l. quaedam de pœn. § 1. in auth. ut defun. latè Tiraqu. de pœn. caus. 32. num. 20.* Sic & in eum acerbius animadvertitur, qui sæpè commisit eadem, quam qui semel tantum: *d. l. capitalium § grassatores de pœn. l. fervo. 8. C. ad l. Jul. de vi pub.* qui consultò, quam qui ignoranter, *l. in lege l. 7. de sicar. l. respiciendum 11. 9. fin. de pœn.* aut per lasciviam *l. 4. de sicar. l. aut facta 10 § qualitate de pœn. l. omne 6. §. fin. de re milit.* aut ebrietatem: *d. l. respiciendum 11. in fin. d. l. omne. 6. l. un. C. si quis imp. videnfr. de pœn.* qui magistratum aut patrem violat, quam qui extraneum *d. l. capitalium §. omnia. d. l. aut facta § persona 2 §. atrox injur. detur. Bald. in c. un. § injur. de pace tenen. Jas. in l. qui jurisdict. 10 in princ. de jurisdict.* Imò in eodem genere vitæ & delicti alii aliter puniuntur pro ratione personarum, graduum, anteactæ vitæ: *l. 5. in princ. de re milit.* ut convenientissimè quidam dixerit, hanc justitiam admittere adhibereque in consilium Gratias & ἐπιείκειαν: eam quæ circa contractus versatur, non item. Nam in contractibus non quæritur quid personæ conveniat, nec ut ei aliquid tribuatur, propositum est: sed res privatorum rebus commutantur, earumque duntaxat habetur ratio, non personarum. Ut igitur hæc commutatio justa sit, sicuti justa esse, quæ duratura sit, debet: opus est, rerum ab utraque parte æqualitatem adesse, numero, pondere & mensura exæquatam: alioquin alteruter contrahentium injuria afficietur, & damnum facturus sit, quia non tantumdem accepturus sit, quantum de suo decedit ac decerpitur: atque ita altera generis humani pars exhausta, contrahere amplius, aut nollet, aut non posset: unde malæ artes, & societatis humanæ distractiones existere tandem necesse fuerit. Rerum autem æqualitas eadem est, & una Arithmetica proportione definitur. Omnes namque precio res æstimantur. *l. 1. de cont. empt.* & quod ad justam æqualitatem deest, id potest vel detractione aliqua precii adæquari. *l. 2. & l. 3. C. comm. divid.* Nec enim in rebus ea est disparitas æstimationis, quæ in personis: quo fit, ut proportione Arithmetica in rerum commutatione sit utendum. Verbi gratia, in emptione, si emptor illustri loco sit positus, venditor plebeius & rusticus, non ideo ob inæqualitatem personarum (quæ hic non consideratur, quoniam de rebus singulorum privatis & pecuniariis agitur) inæqualitas rerum admittenda erit: sed precium merci, mercedem usui & operæ, res rebus commensurari oportet: & si quid inæqualiter constitutum fuerit, id ad analogiam Arithmeticam, hoc est, æqualem rerum valorem est reducendum, *l. 2. C. de rescind. vend. l. 3. Comm. utriusq. jud.* Ex quibus cum intelligi jam possit, utriusque hujus justitiæ discrimen: de utraque aliquid separatim est dicendum.

12. *De justitia distributiva: quid sit, quæ ejus causa, finis, officia, contraria.*

Justitia igitur Distributiva, servans convenientiam personarum & officiorum, est æqualis publicarum rerum omnium munerum, præmiorum, pœnarum, &c. inter personas, pro cujusque merito, congruentia & dignitate, distributio, *l. ult. C. de dign. & imag.* Causa efficiens præcipua, est Deus: qui sicut ordinem diversorum orbium atque motuum & corpora stellarum varia, variæ formæ, actionis, effectionis sursum in cœlo posuit atque ordinavit: sic in hoc terrestri orbe deorsum, ordinationem & gradus, functionesque personarum varias & constituit, & conservat: *Rom. 13. Ephes. 4. 1. Corinth. 12.* unde quantum ordinis in hac opinionum, cultuum & motuum confusione est reliquum, id proculdubio vere & efficaciter a Deo servatur. Causæ in homine, sunt notitiæ mentis, & principia practica: *c. 1. dist. 1.* ut, Paria paribus congruunt, & debentur. Item: Patriæ magistratibus parendum: *l. 2. de Just. & Jure.* Suus cuique locus relinquendus: cui tributum debetur, tributum: cui honor, honor impertiendus, &c. *Rom. 13. 7.* & voluntas obtemperans his notitiis, & juxta eas regens motus cordis, & externa membra. Materia in qua, voluntas, cor & locomotiva. Materia circa quam, omnia officia, munera civilis vitæ, item pœnæ & præmia. *d. l. ult. C. de stat. & imag.* aliaque bona communitatis publica, quæ singulis privatis apta, convenienteque proportione tribuntur. *Vide latè Didac. Covar. in reg. peccatum § 7. num. 2. cum seq. de reg. jur. 6. ubi plures differentias utriusque justitiæ tradit.* ut jus publicum jus justitiæ argumentum & subjectum videri possit. Causa formalis, vel forma, est convenientia, seu ipsa æqualitas Geometrica: quæ singulis convenientem honorem, & munus idoneum tribuit, ac bene maleve de republica meritos, pro demeritis remuneratur. *d. l. ultim. C. de stat. & imag. d. c. omnis dist. 3.* Finis & effectus: primum, ut hac virtute Deus agnoscatur & colatur, qui author est hujus ordinis, & sua sapientia genus humanum sic consociavit, ut sicuti diversos vultus, diversaque ingenia & naturæ multiplices varietates, variaque dona singulis attribuit: ita velit ex varietate simul compositum esse totum Reipub. corpus, servarique diversos gradus officiorum, & functiones, pro disparitate donorum cuique congruentium dispartitis: præmiorum quoque ac pœnarum distributione, commonefieri genus humanum de essentia, & voluntate, & de lege sua, deque futuro judicio. Nam omnes virtutes propter Deum authorem præcipuè colendæ sunt: quæ ostendunt, quis & qualis sit Deus, quomodo coli velit, & quod discrimen inter bonos & malos in omni æternitate facturus sit. Secundus finis, est Bonum publicum. Tum enim (ut ait Plato) beatæ sunt Ecclesiæ & Respublicæ, cum ad hanc justitiæ analogiam constituuntur. His addi possunt alii fines, de quibus supra in descriptione justitiæ universalis dictum est. Ad justitiam distributivam proximè accedunt quasi cognatæ virtutes: sedulitas, quæ justa vocationem necessaria diligenter facit: reverentia, tribuens aliis suum locum, & dona Dei in aliis magni faciens: modestia, quæ sibi non plus tribuit quam est opus, nec ruit extra vocationem: sed propria facit, & aliis suum cursum atque locum sine impedimento relinquit. Item lex talionis naturalis, de qua c. 1. dist. 1. l. 1. & tot. tit. infr. Quod quisque jur. Contraria sunt, superbia πολυπραγμοσύνη, tyrannis, invidia, injuriæ, & quævis proportio Arithmetica, quæ personis adhibetur: ut cum in conviviis illiberalioribus, ad æquales haustus imbecilles perinde ac robusti urgentur, &c.

13. *De justitia commutativa: quid sit, quæ causa, ejus fines, officia, contraria.*

Commutativa justitia, est virtus συναλλακτική, quæ in commutatione rerum familiarium & privatarum, ac patrimonii cujusque contractibus privatorum servat æqualitatem proportione Arithmetica: seu, Est justa commutationis rerum in contractibus ordinatio. Causa efficiens, Deus: qui genus humanum ad hanc societatem condidit, & ut ea esset perpetua, alterum alterius indigere voluit: conjugiaque, generationem, educationem, gubernationem, contractus atque artes addidit, quibus quasi vinculis ea vitæ communitas colligaretur. Deinde mens humana, cogitans regulas notitiarum: ut, Diligé proximum. Non furtum facies: item, Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris: *c. 1. distinct. 1.* & voluntas, cor & locomotiva, quæ recto mentis judicio obsequuntur. Materia in qua, sunt facultates animæ præstantiores, ut supra dictum est. Materia circa quam, sunt bona privata, & res familiares ac pecuniariæ singulorum, *Covar. d. c. peccatum § 7. numer. 1. 2. de reg. jur. in 6.* hoc est, privatarum rerum commutatio & æstimatio, sive ea in contrahendo, sive in alia quavis vitæ parte, sine respectu & complexu aliarum circumstantiarum, puta personarum, fiat: ut jus privatum, velut materia, huic justitiæ substerni non incommodè possit. Forma, est proportio Arithmetica, res rebus æquali pondere, numero & mensura in commerciis ac permutationibus adæquans & componens: citra quam nec justa communicatio, nec diuturna esse potest. Finis & effectus. I. Cultus Dei, & commonefactio de æqualitate in Deo. 2. Utilitas societatis humanæ, quia hæc æqualitas pacem alit, & urbes urbibus, amicos amicis consociat: ut ait Euripides 3. Communis necessitas. Nam ut hominibus necessaria vitæ suppeditentur, mutua communicatione opus est: ea autem communicatio tranquilla & diuturna esse absque hac æqualitate non posset, quia nec justa esset. 4. Ut exerceantur officia dilectionis proximi: item, ut vitentur pœnæ, &c. Cognata: lex talionis, dilectio proximi, liberalitas, veritas. Pugnantia: injuriæ, furta, πλεονεξία, fraudes, usuræ, rapinæ, injusti contractus, monopolia, *l. un. C. de monop.* mercedes & stipendia injusta, ignavia, mendicitas non necessaria: denique omnia fraudulenta lucra & aucupia quæstus: analogia Geometrica: hoc in contractuum argumento: ut cum Cyrus injustam vestium permutationem, juxta proportionem Geometricam facit, *apud Xenophon. lib. 1.* Cyropæd. Atque hæc quidem de justitia: Nunc ad secundam hujus tituli partem, quæ ad fontem & principia juris digitum intendit, descendamus.

14. *Jus unde dictum sit: & quid sit. & quotuplex.*

Jus, a Jussu seu jubendo dictum videtur, *Rodol. Agric. de Invent. lib. 1.* nam & Festus ait, antiquos jura dixisse jussa. Cum autem varia jubeantur, variè quoque hoc nomen usurpari consentaneum est, *l. pen. & l. fin. h. tit.* Sed in hoc tractatu juris nomen trifariam accipitur: primùm, pro jure naturali, quod nobiscum nascitur: *l. 2. de legib. l. omnes 9. l. pen. h. tit.* secundò, pro qualicunque jure, positivo seu civili: *l. 1. de legibus, d. l. omnes 9. §. 1. Inst. de jur. nat. gent. & civil.* tertiò & propriè, pro jure Romano *§ 2. in fin. de justit. & jur. § sed jus quidem de jur. natur. gent. & civil.* Ut cum ait Ulpianus *l. 1. h. tit.* Juri, hoc est jurisprudentiæ Romanæ operam daturum, nosse oportere, unde nomen juris descendat: quod ait esse à Justitia, cujus quædam ars sit, & doctrina. Sequitur enim: Nam, jus est ars boni & æqui. Etenim cum artem appellet, intelligi facilè potest, eum de doctrina juris sive jurisprudentia loqui *l. justitia 10. h. tit. in prin. Inst. eod.* neque enim jus, sicut in natura positum est, ars dici potest: cum hæc ex principiis extructa naturalibus studio paulatim discatur: ea verò lux mentis, sine doctrinæ exercitio, ingenita sit

-Tabulam- 3 [illegible]

sit nobis & divinitus judita. Ac paulò post, *l. 1 § 1. h. tit.* cùm hoc ipsum jus Studium appellet, apertiùs ostendit, se de studio & doctrina juris loqui, non de jure, prout in mente est locatum & natum: quod proculdubio prior est justitiâ, sive etymologiam vocabuli spectes (à jure enim, ut paulò antè ostendimus, est justum: & à justo justi justitia:) sive naturam ipsam rerum consideres. Justitia enim est voluntatis habitus, eandem inclinans ad id faciendum, quod jus esse, ratio mentis jam antè præmonstravit. Sed doctrina juris, seu jurisprudentia Romana, a justitia ducitur: *Nov 69 Nov 111* hoc est, velut rivulus ubertimus defluit à fonte justitiæ: cujus normam & analogiam in omnibus præceptis & definitionibus sequitur: & ad hanc omnes hominum actiones, dicta & facta exigit atque conformat, ac theses justitiæ æquitatisque universales, ad hypotheses civilis vitæ, publicas & privatas, rectâ interpretatione accommodat & inflectit: ut inde velut à causa, materia, forma, ac fine suo, ductum dictumque videri debeat *glo l. 1. h. tit. Iser c. › num. 60 quæ sint regal vide Oecono. ad hunc tit.* prout grammatica a literis, dialectica à disputatione, rhetorica ab elocutione, & si qua sunt similia. Hoc sensu cum in populari & civili materia, etiam civiliter, ut pat est, *l. ficut 9. ubi Bart. num. 3. de servitutib. l. obligatione, de pignor.* verba Ulpiani accipiuntur, minus habent incommoditatis: & alioqui usitatum est, quoties juris nomen indefinitè ponitur, illud de doctrina juris civilis Romanorum interpretari. *§. sed jus quidem Inst. de jur. nat. gent. & civ.* Jus, inquit Ulpianus, *l. 1. h. tit.* est ars boni & æqui Artem vocat, hoc est, scientiam seu doctrinam mavis (a qua scientiam quidam scholasticè distinguunt, sed in hoc argumento politico subtiliter hic discernenda non sunt) vitæ utilem, quæ exercitatione addiscitur, partim ex demonstrationibus principiorum practicorum, partim probabilibus rationibus collectam. Æquum & bonum, pro exacta, & omnibus numeris absoluta æquitate, seu pro generali quadam justitiæ atque æquitatis norma accipi, dubium non est: *l. si me & Titium 32. si cert. pet. l. si quid venditor. 18. de adilit. edict. l. inter 16. de condit. & demonstr. l. 8. in fin. de actio.* quanquam Bonum ad universalem justitiam, Æquum ad particularem potest referri. Sed & æquum de eo interpretari possumus, quod natura tale est: æquitatis enim nomen, propriè de jure naturali accipi, *l. penult. h. tit. l. 1. de aq. plu. arc.* paulò post declarabo, Bonum dici illud potest, quod bonum & utile est in societate civili, quamvis interdum nonnihil in speciem ab illa naturali æquitate deflectat. *arg. l. hac lege, C de pac. conv. l. 6 h. tit.* Harum enim rerum omnium ars & doctrina, est Jus Romanum seu jurisprudentia: quam paulò post definit Ulpianus, *l. justitia. 10. in fin. h. tit.* Notitiam divinarum atque humanarum rerum, justi atque injusti scientiam. Notitiam vocat, quod ex principiis & notitiis naturalibus magnâ parte constat: Scientiam ἐν πλάτει, hoc est artem, quoniam non solo communi sensu & naturali ratiocinatione mentis percipitur, sed etiam quâdam doctrinâ omnium artium, & præceptis civilis prudentiæ continetur. Addit autem, esse notitiam rerum, tam Divinarum quam Humanarum, omnis justi atque injusti scientiam & cognitionem, nam ut eloquentia, *Cic. lib. 1. 2. de Orat.* sic quæ huic maximè cognata in civili vita est, *Cic. pro Murena. & libro 1. de Orat.* Jurisprudentia, ut perfecta sit, ex omnium rerum atque artium cognitione extruenda est Itaque non rectè nostri, dum aliud quiddam Ulpiano Jus, *l. 1. h. tit.* aliud Jurisprudentiam eidem. *l. 10. h. tit.* & Justiniano *in prin. institut. eod.* in hisce definitionibus significare arbitrantur. Prorsus enim pro eodem subjecto, utroque nomine utuntur, ut & inscriptio tituli Institut. de Justitia & jure ostendit: cui non alia quam Jurisprudentiæ deinceps subjicitur definitio. Hanc Aristoteles philosophiæ tribuit: unde nostri ad suam artem traduxerunt, quam pro vera nec simulata, hoc est, revera non specie nomine verenus utili & salutari hominibus philosophia habent. Hujus autem studii duæ sunt positiones, sive articuli, seu species, à materiæ diversitate distributæ, Aliud enim dicitur jus Publicum, quod ad statum rei Romanæ spectat: aliud jus Privatum seu privatorum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. *l. 1 §. hujus h. t.* Hæc eo differunt, quod jus Publicum magna sui parte non aliundè ex præceptis naturæ vel gentium, vel civilibus sit deductum, sed constitutum pro usu & commodo Reipublicæ Romanæ. Jus enim Publicum hic intelligimus, non respectu formæ, quod publicè constitutum est (quomodò sunt omnia jura civilia) sed ratione objecti & finis, quod ad sacra, ad sacerdotes, ad leges, magistratus, aliaque jura publica moderanda refertur & collimat: quod totum non ad normam æquitatis vel æqualitatis, ut jura privatorum, sed ad id quod reipublicæ est opportunum, præcipuè aptatur. Neque enim versatur hoc jus circa æqualitatem inter cives retinendam: quare nec ad æqualitatis regulam exigitur: sed pertinet ad tuendum statum reipublicæ, unde pro reipublicæ commodo atque bono conditur: nec quicquam aliud præter publicam utilitatem, in ejus constitutione legislatores sequuntur. *Cic. pro l. Manil.* In quo nulli fit injuria, cùm de re nullius privata tractetur hic quicquam aut disponatur. Ex quo fit illud, ut quod in una civitate Jus publicum est, id in alia illicitum sæpe ac prohibitum inveniatur. Ut enim propter diversitatem, omnibus personis eadem tribui non possunt; sic omnibus rebuspublicis, quæ singulæ personam repræsentant, *l. proponebatur 76. de jud. l. an ususfructus. 56. de usufruct.* interque se multis modis differunt, unum idemque jus populare præscribi nequit. Quin etiam jus publicum Romanum vetus, quod ad sacra, sacerdotes & magistratus pertinebat, tempore Justiniani magna ex parte partim abrogatum erat, partim obsoletum: facilè ut intelligi possit, ex immutabilibus principiis naturæ, *§ pen. instit. de jure natur. gent. & civil.* & rectæ immotæque rationis norma non fuisse deductum. Nam illæ ethnicæ idolomaniæ non natura commonstratæ, sed levitate ingeniorum, & præstigiis diabolorum effictæ, una cum sacris & sacerdotibus suis, jam à Constantini temporibus, recepto verò Dei cultu, erant abolitæ: & jura magistratuum, quæ veteres J. C. libris suis comprehenderant, nullum ferè ætate Justiniani habebant usum, quippe mutatâ jam reipublicæ formâ, translatoque Româ in Thraciam imperio: & magistratuum nominibus atque officiis variè transpositis atque commutatis. Quo factum est, ut hujus juris publici, quamvis in divisione mentionem, ut pat est, hic faciat Justinianus, tamen nullam de eo, velut jam antiquato, peculiarem in Digestis instituat tractationem. Hæc enim ex J. C. collecta sunt monumentis: quibus solùm jus illud vetus publicum antiquæ Romæ, in qua scripserunt Jurisperiti, continebatur, unde nihil sumere potuit Justinianus, præsentibus ac insequentibus temporibus atque moribus accommodatum. Itaque ea tractatio ex subsecutis Christianorum principum constitutionibus, moribus atque institutis novæ Romæ, quæ est Constantinopolis, in Codicem est relata, *lib. 1. & passim 10 11. 12.* Satis ergò fuit hic Jus privatorum, quod ad omnes respublicas, omnesque homines pertineat, de veterum J. C. scriptis colligere, componere & exponere, de quo deinceps jam est dicendum. Jus ergò privatum est, quod ad singulorum res pertinet: quod quia in reddendo cuique quod suum est, versatur, eò ad normam æqualitatis & justitiæ congruat oportet. Nisi enim æquale & justum per omnia sit, suum cuique tribuere non potest: & proindè nec reciperetur ab omnibus, nec ad diuturnitatem validum esset. Norma autem æqualitatis sive æquitatis, eoque juris, triplex est: alia enim ex affectione, & quadam στοργῇ communis naturæ: alia, ratione & sensu hominum communi: alia, præceptis institutisque civilibus dijudicantur. Nam, verbi gratia, tuendam esse vitam, libertatem, conjugia, cognatum sanguinem, educandos liberos, & consimilia: affectio cujusque, & communis naturæ sensus, recta esse atque justa ostendunt: & ad consectanda ejusmodi, veluti quædam jura, omnes animantes incitant ac devinciunt. Judas in Can. cap. 1. 10. quæ φυσικῶς ὡς τὰ ἄλογα ζῶα sciunt, in his corrumpuntur. Cæterum colere Deum, patriam, magistratus, parentes, inire societates, servari pacta, punire delicta, &c. ea ratio humana, cujus reliquæ animantes sunt expertes, & necessitates vitæ civilis, justa esse docent Cætera quæ ab naturæ principiis communique sensu propter rerum & etiam rerumpublicarum varietatem definiri non possunt, pro cujusque societatis civilis opportunitate, legibus, institutisque populorum sanciuntur. Hinc ortum triplex jus privatum: unum Naturale, alterum Gentium, tertium Civile: quæ divisio & Ciceroni nonnullis locis placet: *lib. 1. & 3 Offic. & in Orat. de Arusp. resp.* nec admodum sanè erit inconcinna, si eam cum ad hominem, cujus causa jus omne constitutum est, *l. 1. & 2. de stat. hom.* tum ad horum principatum hoc juris referamus Homo enim primò aspicitur & consideratur, ut animal: secundò ut homo: tertiò ut homo civilis. Nam & animal est, & homo, & homo politicus: quia ad societatem vitæ civilis nascitur Cum autem illi Jure & disciplina opus sit, sive qua vivit ut animal, sive qua ut homo, sive qua ut civis: ideo tria juris genera meritò sunt constituta, quorum singula singulis hominum aspectibus conveniunt. Deinde si jus ad ortum fontesque suos accessamus: reperietur τὸ διότι & causa omnis juris seu jus ipsum Romanum, de quo hic solo tractatur, sumi partim ex rata & ordinata, ac à vitiis secreta communis naturæ inclinatione, sicut in hoc argumento juris, ratione recta, quæ jus est, à depravatione affectuum secernitur: partim à ratione mentis humanæ, & immoto, quod in illa lucet, honestorum ac turpium discrimine: partim ex ratiocinatione & collatione utilitatum ac institutorum vitæ civilis, *prout exposui. Instit. tit. de Just. & jur. §. ult. & tit. de jur. nat.* Jus naturale efflorescit ex inclinationibus naturalibus, & facultate animæ, qua concupiscimus & afficimur: quæ est homini cum reliquis animantibus communis, Jus naturale, inquit I. C. est, quod natura omnia animantia docuit: cujusmodi sunt, custodia & defensio vitæ, *l. 3. h. t. l. 1. §. cum arietes. Si quadr. pauper. l. 4. l. scientiam 45 §. fin ad l. Aquil. l. 1 § vim vi 16.*

de vi & vi arma Cic. pro Milon & de Invent. lib. 2 cap. 5. & 12. libertas, *§ jus autem gentium instit de jur nat gent. & civil* maris & fœminæ conjunctio: quæ conjunctio verè naturalis est, & communis bestiis, etiamsi nuptiæ propter consensum solemnitatemque legum, ad jus gentium & civile referri possint *l. 1 § penult. hoc tit. in princip. instit. de nupt.* liberorum procreatio & educatio, *d. §. penult tit. de ag. lib ff & C. de alen lib. Dec. in l. jura de reg jur. Auth. Franc & alii, in c 2 de pars* communis omnium rerum usus, *Cic lib 1. Offic l. 1 de aq rer dom. § 1 instit. de rer. div.* etiam jure Rom nonnullis casibus usum habens, *l. 2. §. 4 de rer divis. l. 2. & tot. tit. ad l Rho 1. jus naturale, ubi gloss verb communis dist 1.* dilectio & reverentia cognati sanguinis, *§. 1 in Auth. de incest. & nefar nupt. l jura sanguinis. 8. de reg jur.* & si qua sunt similia. Hæ enim inclinationes tanquam στοργαὶ φυσικαὶ omnibus animantibus, seu communi naturæ hominum & bestiarum, inditæ sunt. Dicuntur autem jus, respectu hominis: qui solus jure, hoc est, rectâ ratione (cujus solus particeps est) regitur. Ideo autem jus dicuntur, quia sunt & ordinatio quædam legitima, divinitus naturæ impressa: & principium atque norma seu fons omnis juris Romani, quod ad defensionem vitæ, libertatis, institutionem conjugiorum, educationem liberorum, reverentiam cognati sanguinis, prohibendosque incestus pertinet: & ad obedientiam non minus quàm reliqua civilia jussa obligant: quomodò in matrimoniis contrahendis, ideò naturale jus & pudorem inspiciendum monet Paulus J.C. *l. adoptivus 14. §. 1. de ritu nupt.*

15. *De Iure naturali.*

Ab his principiis distat Jus gentium, quod naturalis, hoc est, humanæ naturæ communis ratio inter homines, constituit, *l. omnes hoc tit.* & deinceps in forum Romanum traduxit: quod quia semper bonum & æquum est, *l. pen h t.* ab omnibus gentibus peræque custoditur, *d. l. omnes. d. l. penult.* quando ut id custodiant, omnes homines, & proinde populus etiam Romanus à ratione & judicio naturali admoneantur & consuefiant. Hoc autem jus duplex est, *Cic. de invent. lib. 2. cap 5. Bart l. 3 num. 10. hoc t.* sicuti duplex existit in homine naturalis notitia: Una simplex, altera composita. Nam quoddam jus in simplici notitia, hoc est, in naturali justi atque injusti intelligentia, & immoto honestorum & turpium discrimine consistit: quod quando unà nobiscum nascitur, & nullo docente in mentibus singulorum velut oculus quidam veri germanique juris elucet, scriptumque est (ut inquit D. Paulus *Rom. 2.*) in cordibus nostris, verè ac propriè jus naturale est: *Cic de invent lib. 2. cap 5. 12. & lib. 1. de Leg & lib. 3. de Offic* quippe positum in natura humana, quæ sola rationis, & quidem rectæ rationis, id est, juris, *Cicer. lib 1. de legib.* est particeps. Ac de hoc quoque vera est regula: Jus naturæ esse immutabile, *§ pen instit de jure nat.* semper enim hoc bonum & æquum est, *l. pen. h t.* siquidem divinæ illius & immutabilis justitiæ simulacrum existit, & imago, luxque divina in animis hominum, ad discernenda ab honestis turpia, tuendamque in consociatione vitæ civilis disciplinam, à Deo architectore quasi consecrata. Unde sine injustitia huic derogari nequit: & si derogetur, eam tyrannidem ac injustitiam Cyclopicam, uniuscujusque sani hominis judicium, & sobriæ mentis sensus detestabitur ac refutabit. Ad hoc jus pertinent: religio erga Deum, ut parentibus & patriæ pareamus, *l. 2. hoc t. Cic pro l. de invent. lib. 2. cap. 5. & 12.* honestè in hac societate civili vivamus: ne lædamus alterum: tribuamus cuique suum, *d. l. justitia § juris* ut delicta puniantur, *l. 1. in fin. de fur.* nemo cum alieno damno locupletetur, *l. nam & hoc natura 14. de cond ind.* Incestarum nuptiarum prohibitio, *l. ult de rit. nupt.* Aliud potiò jus gentium non jam ex naturali ratione, h. e. simplici notitia, quam ex notitia composita, nempe, ratiocinatione commodorum vitæ defluxit, & ad opportunitates societatis humanæ parandas retinendasque introductum est. Nam quia ex necessitatibus usuque vitæ apparebat, alios aliorum ope indigere, cùm ad defensionem, tum ad sustentationem: nec in perpetuis communionis rerum discordiis, *Leum pater, 77. § dulcissimis de legat. 2. l. fin cum gl. in fin. C de jur. dom. impetra.* sine mercium variarum commutatione (non enim omnis fert omnia tellus) vivi commodè posse: ideò communi hominum consensu & usurpatione, ædificia sunt collata, adversus injurias externas muniendi sui causa, atque alios alii de religione docerent, contiguas pietas jussit habere casas, discretæ per linguarum varietatem gentes, dominia distincta, agris termini positi ad cultum pacis, commercia instituta ad rerum commutationem: & ut a violentioribus imbecillitas ac innocentia tuta esset, jusque suum obtinere posset, regna condita, bella introducta: quæ captivitates, servitutes, manumissiones sunt insecutæ: *l. 4. & 5. hoc tit* eaque omnia ob utilitatem, pro rato jure inter omnes gentes semper habita sunt atque usurpata: quibus quidem propter hominum vitia, illud libertatis, & communionis rerum bonum, incorruptæ naturæ propriè conveniens, necessariò ad conservandam ab injuriis, contumaciam, civilem societatem, aliquatenus imminutũ est *Covar c. quid in c. peccatum, part. 2 § 11. n. 29 cum multis de reg. jur. in 6.* Nam ea quæ non in notitiis naturalibus existunt jura, sed aut bona tantum sunt, incorruptæ naturæ congruentia, aut judicio & usurpatione hominum alicujus causa utilitatis introducta, vicissitudini sunt obnoxia: & pro diversis rerum publicarum formis temporum atque opportunitatum præsentium rationibus, aliter atque aliter habentur: accommodanturque ad summam illam legem: Salus populi, suprema lex esto, *Cic. de Legib. 3.* ad quam & Plato, velut ad ultimum scopum, omnes leges refert: ἡμῶν δ' ὁ νοῦς τῶν νόμων ἐνενόει τοῦτο ἐν ταῦτα βλέπων, ὅπως ἔσονται οἱ πολῖται μάλιστα ἀγαθοί, καὶ ἀλλήλοις φίλοι. & eum secutus Cicero, *lib. 1. de invent. cap. 11.* cujus argumentatio lectu dignissima est. Et hæc quidem, quod ad explicationem sententiæ J.C. attinet, satis: quorum triplex hæc juris divisio, quoniam in Scholis nostris est recepta, per me quidem licet retineamus. Cæterum id quod rationi magis consentaneum videtur, jus arcessamus naturæ, non ex naturalibus duntaxat inclinationibus, quæ in hac naturæ depravatione vitiosæ res sunt, supra quam à nostris intelligi potuit Jurisconsult. ut Ethnicis hominibus, qui non natura, quam integram & sanam putarunt, sed consuetudine pravâ homines peccare, & injustos esse arbitrabantur: sed de principiis etiam practicis mentis, quæ immotæ sunt in natura ordinationes divinitus sancitæ, & perpetuo recti judicii vallo honesta a turpibus dividunt, & affectiones ac inclinationes naturæ depravatas, in gyrum rationis ducunt, jus naturæ repetamus: atque illud vel ejus saltem causam, partim in communi rectæ rationis judicio, partim in inclinationibus naturalibus, quatenus scilicet cum recta ratione junguntur ac conveniunt, si placet collocemus. Quod ut exemplis planum fiat, primum defensio juris naturæ esse dicitur: quam si ad illas duntaxat naturales appetitiones exigas, erit vitiosa: quod instinctu communis indolis omnia animantia, & eo magis homo, quo est corruptior, non tantùm ad defensionem sui, sed etiam in ultionem & vindictam injustam impellitur, juxta versiculum: *At vindicta bonum, vita jucundius ipsa.* Item maris & fœminæ mutuus ardor ex affectione naturali quidem incitatur: sed nisi rectâ honestatis ratione discernas hanc atque temperes, *juxta Reg. l. semper in conjunctionibus, 158. de reg. jur l. 4. l. semper 42. de rit nupt.* non modò nullum jus naturæ, sed horribilem divinæ & naturalis legis violationem, & fœdam omnis generis turpitudinum libidinumque confusionem ex ejusmodi conjunctione sequi, fuerit necesse. Ut multò firmius meliusque sit, has inclinationes in gyrum rectæ ducere rationis, & in disputatione juris, his præficere quasi ducem atque moderatorem τὸ ἡγεμονικὸν quod minus aberrat ab honesto, nec tumultibus affectionum ita perturbatur: & perpetuo sanoque discrimine recta à pravis, licita ab illicitis, honesta à turpibus discernere velut naturali quodam lumine, oculoque mentis divinitus indito, dijudicare potest. Hoc autem lumen, principia, κοινὰς ἐννοίας & προλήψεις docti vocant, ac in duo genera dispartiuntur. Alia sunt speculabilia principia, alia practica. Speculabilia, ut notitiæ numerorum, ordinis, syllogismi: principia Geometrica & Physica, aliarumque artium semina. Practica: notitiæ a Deo mentibus inditæ, ut monstrent obedientiam Deo debitam, & discrimen honestorum & turpium, & regant mores. Sed nos hic tantum de altero hoc notitiarum genere, nempe de practicis principiis & demonstrationibus, quæ ex his colliguntur, loquimur, ex quibus sumitur vera & erudita definitio legis naturæ: Ut sit notitia principiorum practicorum, & conclusionum inde extructarum, de regendis moribus, congruens cum æterna & immota norma mentis divinæ: quæ principia cernimus & amplectimus firmo assensu: quia notitiæ earum nobiscum nascuntur: divinitus insitæ humanis mentibus, ut sint testimonia quod sit Deus: & qualis sit: & quod judicaturus sit: & ut regant vitam nostram atque mores: quo obedientia nostra cum voluntate Dei congruat. Paulus Apostolus brevissime legem naturæ describit, cum ait: Eam esse jus Dei, & opus legis scriptum in cordibus, quod Deus nobis ostendit: *Rom. 1 & 2.* quasi dicat: Legem naturæ esse notitiam & partem legis Divinæ, seu mentis Divinæ radium ac lucem, hominis naturæ inditam, ut Deum agnoscat, & ei se conformet: Quidam ita malunt: Lex naturæ est certa, & divinitus hominum mentibus impressa notitia principiorum cognitionis atque actionis, & conclusionum ex illis principiis demonstratarum, proprio hominis fini congruentium: quas ex principiis necessaria consequentia, ad humanæ vitæ gubernationem ratio extruxit: ut homo ea quæ recta sunt, cognoscat, velit, eligat, agat, vitetque contraria: quorum omnium & testis & judex est conscientia, hominibus divinitus attributa, vel brevius hoc modo: lex naturæ, & notitia seu ratio naturalis, discrimen honestorum & turpium ostendens, ad regendos hominum mores, & ad ultimum finem, nempe Deum, referendos, divinitus hominum naturæ insita. Cicero: *De Legib. 1.* Lex inquit naturæ, est ratio summa, insita in natura: quæ jubet ea quæ facienda sunt, prohibetque contraria. Paulus noster *l. penult. hoc tit.* simpliciter, quod æquum & bonum semper est, & judicio hominum communi tale esse apparet, id Jus naturæ appellat. Hujus partes, seu

species

species mavis, seu exempla sunt vera erga Deum religio, *l. 2. hoc tit.* obedientia patriæ & parentibus debita, *l. 2. h. t. l. 2. C. de in jus vocand.* justa vitæ, libertatis, rerum defensio, *l. 3. hoc tit. l. 4. ad l. Aquil.* ordinata maris & fœminæ conjunctio, liberorum generatio, educatio, *l. 1. h. t. c. jus naturale distinct. 1.* successio, *l. nam etsi 13. de inoff. testa. l. script. in fin. unde lib.* jus sanguinis: *l. jura 8. de reg. jur.* nemini facere quod sibi fieri nolis, *c. 1. distinct. 1.* neminem lædere, *§. penult. instit. de just. & jure.* quibus adduntur, communio rerum, *Cicer. lib. 1. Offic. l. 1. de acquir. rer. dom. §. 1. instit. de rer. div.* & libertas *§. jus autem gentium, instit. de jur. nat. gent. l. naturalem, §. de acquir. rer. dom. l. si quod 64. de condic. indeb.* quæ tamen non tam jus sunt, quam bona quædam incorruptæ naturæ accidentia, ideoque pro utilitate & necessitate depravatæ modo naturæ partim recipiuntur, partim repudiantur. Causa Efficiens, Deus. Ut enim in Deo est sapientia, discernens recta a non rectis: ita ab eodem Domino in mentibus nostris condita est lux, quæ distinguit honesta a turpibus: & architecti sui voluntatem intelligenti naturæ demonstrat. *Rom. 2. ostendit, opus legis scriptum in cordibus.* Materia in qua, est pars cognoscens, cum qua ante lapsum congruebat voluntas & cor. Sed hæc harmonia depravatione naturæ subinde turbata est. Forma, est ipsa lux quasi oculus mentis, qua justa ab injustis discernuntur: quæ qualis sit, in hac naturæ cœcitate penitus non posse perspici, mirandum non est: cum ne quidem cœli lux, & oculorum cujusmodi sit, exacte possit declarari: esse tamen aliquam, omnes intelligunt & experientia convincit. Finis, ut hæc lux sit testimonium de Deo, & judicium conscientiæ adversus peccatum; & ut de futuro judicio omnes admoneat, cum enim multa scelera in hac vita non puniantur, quæ tamen conscientia accusat: necesse est aliud restare judicium, alioqui frustra hæc notitia esset naturæ infusa. Postremò, ut ea regantur, disciplina & mores. Effectus præcipuus, quod jura naturalia sint immutabilia *§. penult. instit. de jure nat. gent. & l. pen. hoc titul.* videlicet in genere & sua natura. Nam incidunt interdum tempora, cùm inter se concurrunt & pugnant. Sunt enim quidam quasi gradus principiorum & conclusionum moralium: in quibus si quando usuvenit, ut sibi invicem obstent, inferior superiori cedat, necesse est. Verbi gratia: Lex naturalis est, Non occides: altera lex naturalis est, Defende tuam tuorumque vitam. Si grassator igitur viatorem prætereuntem invadat, non valebit prior illa lex, tanquam inferior: sed cedet huic quæ defensionem præcipit, & cui illa ipsa lex inest: eoque impune occidi aggressor poterit. Lex enim quæ præcipit, Non occides: etiam tuam ipsius vitam abs te præcipue vult servari, non modò alienam: Deinde cum lex defensionis universalior & momentosior sit (tuetur enim totam societatem) altera illi cedere debet: quæ sic accipienda est, Non occides, scilicet insontem aut immerentem: neque privatâ vindictæ cupiditate, sed legis authoritate; lex autem gladium privato, in casu defensionis tradit, quia in illa necessitate, auxilium magistratus præstò haberi non potest, *l. 1. C. quan. lic. se vind. l. 3. C. de jur. fisc. lib. 10. l. 4. 5. & passim ad l. Aquil. l. 3. ubi Bolog. Scyf. & Dd. h. t.* & [illegible] alioqui lex divina & naturæ, sontes naturas vult destrui, ut insontes conserventur.

Jus Gentium illud nobis esto, quod non ex notitia Simplici, ut superius, nobiscum nascitur: sed Composita, hoc est, ex ratiocinatione commodorum vitæ & societatis, a sapientibus multo rerum usu variaque doctrinâ vestigatum, excultum, & introductum, in omnium gentium usum pervasit, & propter evidentem utilitatem ab omnibus peræque custoditur: *l. omnes 9. hoc tit.* ut sunt distinctiones dominiorum, *l. 1. de acquir. rer. dom.* ædificiorum collationes, communitates vitæ, *l. 5. hoc titulo,* judicia, bella, captivitates, servitutes, manumissiones, jura contractuum, obligationum, successionum, & si qua sunt similia: *l. 4. l. 5. ubi Dd. h. tit.* quæ & ipsa, fateor, ad jus naturæ posse referri: eaque re non absurde a quibusdam duo tantum genera juris constitui, videlicet Naturale & Positivum. *Aristot. lib. 5. Ethicor. cap. 1. & 1. dist. 1. Cicer. lib. 1. Offic.* Quia tamen propriè non pertinent ad discrimen honestorum & turpium, sed ad necessitates utilitatesque vitæ, ideòque facilius etiam conversis utilitatibus immutantur: cumque à J. C. juri naturæ eorum pleraque opponantur: *l. 1. de acquir. rer. dom. §. Jus autem gentium. instit. de jur. nat. gent. & civil.* docendi gratia, in hac nostra professione hæc ad jus humanum seu commune gentium, quasi distinctum à naturali referamus. Nam utcunque, verbi gratia, Aristot. & alii, servitutem ex natura ducant: tamen facilè potest intelligi, naturæ toto suo genere contrariam esse. *§. sed jus gentium, verb. juri nat. contrar. Instit. de jur. nat. gent. l. 4. hoc tit. l. naturalem, de acq. rer. dom. l. 11. 15. de accusat.* & ut congruat naturæ, in his qui jure & legibus compesci non possunt: tamen in personis modestis & innocentibus, & præcipue in natis ex servo ventre infantibus, *l. sed etsi de fideicom. lib.* nullam naturalis rationis speciem habere, sed merum jus esse gentium, moribus confirmatum, perspicuum est, ut toto suo genere, ad jus naturæ, cum quo pugnat, referri non possit: nec sine causa hoc discrimen juris naturalis & gentium, a J. C. introductum debeat videri: præsertim cum, ut ante dictum est, non tam jus ipsum, quam juris Romani principia, fontes & causæ, in hæc tria genera distribuantur. Et hæc de principiis juris dicta nunc sufficiant. Jam ad tertiam juris speciem, videlicet Jus civile, quod nostræ explicationis proprium est, progrediamur.

16. *De jure gentium.*

Jus Civile rursum bifariam capitur, vel pro cujusqua civitatis jure, quod quisque populus sibi constituit, quasi jus proprium civium, sive cujusque civitatis, *d. l. omnes populi hoc titulo* vel pro jure populi Rom. seu Ro. civitatis, ut in libris nostris, *§. sed jus quidem 3. inst. de jure nat. gent. & civil.* Nam cum solo gentium jure, neque mores hominum in hac tristi naturæ depravatione commodè regi, nec controversiæ, & civium querelæ omnes exactè sopiri & dirimi, rerumpub. status bene beatèque teneri posset: inventum est à quoque populo, & conditum pro utilitate & statu reipub. suæ Jus civile: quod in non in totum à jure naturali recedit, cæteroquin injustum esset, *c. erit autem lex, dist. 4. Cic. de Legibus lib. 1. &c.* Ita nec per omnia ei servit, *l. jus civile 6. hoc tit.* sed aut addit aliquid interpretando, ratiocinando, & ad hypotheses rerum præsentium naturæ theses accommodando: aut propter bonum publicum ei detrahit, ut in usucapionibus, *l. 1. de usucap.* &c. Quare pop. etiam Rom. partim de aliarum bene constitutarum rerumpub. institutis, partim ex suorumque ingenio & sapientia prudentû, pro usu sui imperii & πολιτεύματος, Jus ejusmodi paulatim sibi condidit. Cujus in constitutione atque expolitione, tantum reliquis nationibus, velut & gloria belli, præstitit: ut si omnia omnium gentium instituta, mores, leges, in unum conferantur, nequaquam sint cum his Romanorum legibus & institutis, prudentia, æquitate, pondere, ubertate, ullo modo comparanda. Ex his ergò tribus generibus tanquam fontibus jus omne Romanum constat & derivatur: quod prima divisione, respectu objecti & finis, in Publicum dividitur & Privatum. Hoc quadam subdivisione, quoad originem & causam, in Naturale, Gentium, & Civile seu civitatis. Nam omne jus Romanum privatum (non item publicum, ut paulò ante docui) causam & τὸ διότι suum aut ex communi natura, aut ex jure gentium, aut ex institutis civilibus vel populi Rom. vel aliarum civitatum mutuatur & accessit. Idem jus Rom. quoad formã, in Scriptum, & Non scriptum distribuitur. Hoc enim jus nostrum aut Scripto: ut & apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι *l. jus civile 6. in fin.* Scriptum jus vel ex Legibus, Plebiscitis, Senatus consultis, decretis Principum, autoritate Prudentum venit: vel à Prætore, adjuvandi, corrigendi, hoc est, supplendi, *§. 1. 2. Institut. de bon. possess.* juris civilis gratia introductum est: quod & Honorarium ad honorem Prætorum dicitur, *l. jus autem 7. hoc tit.* Jus non scriptum mores & instituta majorum, quæ usus diuturnus approbavit, complectitur: *l. de quibus 32. infr. titul. 3.* de quibus plura paulò post *ad titul. de legib.* dicentur. Est etiam jus quoddam civile vetus, antiquum, *l. 2. §. 2. infr. de orig. Jur. l. unic. C. de vet. jure enuclean.* novum, quod inveteratu usu necdum stabilitum est: *l. penult. C. de legib.* aut injustum est: *l. 5. infr. Quod quisque jur.* commentum *l. si pœna, 20. de pœn.*

17. *De jure civili.*

Eodem refertur à Cicerone *in Topic.* Æquitas: quæ tamen potiùs ad normam naturalem, quam ad civile Rom. jus videtur pertinere: unde & a J. C. Æquitas naturalis. *§. thesauros. §. per traditionem. Institut. de rer. divis.* seu ratio naturalis *l. 1. de pac.* appellatur. Et cum licet etiam singulis legibus sua quædam æquitas constet: *l. si duo 13. §. penult. de jurejuran.* tamen propriè æquitas pro æqualitate seu rectà ratione accipitur, non scripta, & quæ a jure nostro sit secreta, aut certe nulla expressâ lege in illud relata, *l. 1. C. de legib. l. placuit, 8. C. de judiciis, l. 2. de aqu. plu. arc.* Sed, ut ante posui, etiam jus naturæ, quo utimur, pars juris Rom. est: & consequenter, æquitas quoque hæc tam scripta quàm non scripta eòdem referri, atque ita pertinere ad jus ἄγραφον potest. Cujus usus elucet in tribus præcipuè articulis. Primus in legibus, ex æquo & bono ad sanam rationem, & rectam sententiam accommodandis & interpretandis. *l. nulla 24. l. in ambigua 19. infr. de legib. l. si servum 91. §. sequitur de verbor. obligat.* Secundus in legibus ampliandis, & probabili æquitatis ratione, ad similes species quæ lege comprehensæ non sunt, ex paritate æquitatis extendendis. *l. neque 10. cum mult. seq. infr. titul. 3. l. ultim. ubi glo. C. de constit. pecun.* Tertius, ut in his quæ nec ex verbis, nec de sententia legis, nec ratiocinationis argumento definiri possunt, pro regula judicii atque juris valet. Hic enim quod æquitas suggerit, ut ait J. C. erit sequendum, *l. 2. ante Varus de aq. plu. arc. ind. c. fin. gl. ubi & Panor. num. 6. 7. extr. de transactio. Everar. consil. 78. in fin.*

18. *De æquitate.*

OBSERVATA.

Digesta unde.

In Digestorum) Digesta dicuntur à forma, quod ex multis veterum libris hoc opus sit congestum. *l. 2. §. 1. & 9. C. de vet. jur. en. §. 4. proœm. Instit.* aliàs Pandectæ, ab objecto, quod omnia comprehendant.

Pandectæ.

Citari solent vel per initialem literam Digestorum D. vel per initialem literam Pandectarum P. & π. vel per binas ff. De hac ultima nota quærenti unde provenerit, respondet Alciatus *5. dispunct. c. 16.* quod olim Græci consarcinatores, ut & Latini eos imitantes, literam Π cum accentu circumflexo descripserint, librarii autem Græcæ linguæ ignari, putaverint esse duas ff. Aliter sentit Catellianus Cotta, *in Memorabil.* inquiens ff. denotare *q. facta fuisse* & significare absolutionem seu perfectionem operis. Aliter adhuc Bernh. Walth. *in Miscell. l. 2. c. 4.* sc. Pandectas duplici pp. scribi solitas, imperitos autem amanuenses pp. in ff. ex similitudine literarum depravasse, quod pp. si conjunctim scribantur, duo quodammodò ff. appareant. Licet verò hæc λεπτολογήματα videantur, non anxiè curanda, prior tamen sententia probabilior censetur.

Editio.

Porrò Editio Pandectarum duplex est, Vulgaris (quò & Holoandrinam referendam; dico enim vulgarem, præter Florentinam, omnes in universum, quas inter tamen prior est quæ Greg. Holoandri Norica de anno 1531.) & Malfitana, (Pisana seu Florentina, secuta anno 1553. de qua Jacob. Gotofr. *in hist. jur. civ. p. 66.* ubi omnes editiones memorat) Alii Triplicem faciunt, Vulgatem, Noricam, (quæ & Holoandrina ipsis,) & Florentinam, vid. Riccius *de lib. jur. Rom. quant. & qual.* Longè verò plures memorat & recenset Dn. Ericus Mauritius *in posit. de libr. jur. comm. eorumque usu, posit.* 17.

Autoritas Florentinarum.

Primitus verò Digesta, tempore Lotharii Saxonis, in expeditione secunda contra Rogerium Siculum incepta, Amalphi inventa sunt, ánnu Christiani Seculi duodecimi XXXIIX. Inde acceperunt ea *Pisani*, navatæ operæ monumentum; quod Innocentium II. & Lotharium Cæsarem classe adversus Rogerium juvissent. Abhinc Florentini, Pisis, anno Christi CIↃ. CCCCVI. per Ginum Caponium in potestatem redactis, penes quos ex illo tempore liber iste præ cæteris egregius & veneratidus, summa cum cura & religione, tanquam de cœlo delapsus custoditur. Cujus & historiam & authoritatem optimè insinuat Franciscus Taurellius in epistolis duabus editioni Florentinæ præfixis: quarum altera nuncupatoria est ad Cosmum Medicem Florentinorum Ducem, altera ad lectorem. Neque pauca de his utilia tractat Antonius Augustinus *lib. 1. emend. jur. c. 1.*

Strenuè vindicanda.

Summa itaque Florentinæ editionis præ altera auctoritas strenuè vindicanda est, propter scripturæ, quam ex tot sæculis retinuit integritatem, plerisque omnibus probatam, ut ipse Br. scribit *in l. si creditor §. f. de distr. pign.* se cum fuisset sibi cum Baldo magna de re contentio, & de cujusdam legis scriptura dubitatum esset, Pisas ad librum Pandectarum misisse. Unde Jacob. Cujac. *in l. 2. de divers. & tempor. præscript.* ut scriptum est, ait, in Florentinis, quibus nulli vetustiores, nulli castigatiores, & sicubi incastigati, ita tamen scripti, ut castigatæ lectionis inveniendæ & suspicandæ sint. Divinum est munus, pergit, editio earum Pandectarum, nam levat nos magnâ parte, quæstionum & dubitationum illatarum frustrà ab interpretibus, earum denique beneficio jus nostrum mirum in modum illustratum est. Hæc Cujacius. Et gemina refert longâ serie ex Politiano Hieron. Cagnolus *ad proœm. dig. n. 27.* Alia quibus præstant Florentinæ Holoandrinis habet Dn. Maurit. *d. diss. pos. 10. 11. & 12.* Enim verò sicut Judæi sacrarum literarum veterum, & Critici sui Homeri, aliorumque librorum antiquorum lectionem mutârunt, testibus Augustino *l. 15. de civ. Dei*: & Strabone *l. 1. Geogr.* ita istud mutandæ lectionis cacoethes, post Justiniani ætatem invasit etiam libros juris.

Improbata cacoethes immutandi textum.

Nonnulli enim sub auctoritate Juris scientiæ, aut verba ex alio loco in alium trajecerunt, aut alia expunxerunt, alia addiderunt. Quidam negationem quandoque addunt, quandoque tollunt, quod Græcis non solùm familiare est, sed & primis Glossographis Latinis, mentem J. Ctorum non sat assecutis. Neque ab his sibi temperare potuit summus aliàs J. Ctus Jacobus Cujacius, dum tam crebras emendationes fecit, librosque singulares scripsit emendationum. Verum Juris Consulto quidvis potiùs tentandum est, quàm accedendum ad ejusmodi lectionis immutationem. Patres Ecclesiæ & Scriptores extranei adversùs Criticos acriter & rectè contendunt, mutandam non esse lectionem, quidni ergò illud & in libris Juris obtineat? Contraria & Antinomiæ, non ex lectionum immutatione, conciliandæ sunt, qua nihil ut facilius, ita nec levius, sed ex rationum diversitate, harumque subtili indagatione, *Constit. Tanta §. 15. de Confirm. Digest.* Nec J. Cti est leges latas (adeoque verba earundem à Majestate profecta) interpretari aliter, quam ut mens & ratio exigit, *l. 13. de LL.* & addere aliquid verbis, quæ sunt signa mentis, vel adimere, non est leges interpretari, sed ponere & condere, quod Majestatis, *l. 1. C. eod.* & quæ in illa residet, Nomotheticæ authoritatis. Ideoque nec Jurisprudentia illa dicenda est, quæ ex mutatis ita & interpolatis cujusque arbitrio verbis exoritur, cum causâ efficiente juris, vi & authoritate legislatoriâ destituatur.

Præstantia Pandectar.

Cæterùm cum Pandectæ, non solùm à definitionibus, sed & aliis Juris principiis & explicationibus sint refertissimæ, non leges saltem, (quæ sunt præcepta à Majestate promulgata,) sed totam juris artem suppeditantes; vel per se patet, quanta earum hactenus quidem præ Codice, aliisque libris juris excellentia atque præstantia existat.

Libri Juris Justinian.

Tria namque sunt librorum genera, quibus tota Justinianea Jurisprudentia concluditur. Alii *Isagogici* dicuntur: Alii principales & *ipsius Artis*: Alii *Emendatorii*. Isagogici libri continent Institutiones, levi & simplici viâ procedentes, in quibus simpliciter natura rerum explicatur. Ars in Digestis exactissimâ omnigenâque singulorum interpretatione exponitur, *§. 2. de just. & jur.* Codex & Novellæ, decidendis controversiis & praxi magis accommodantur, & in iis pro rerum varietate vetera vel emendantur, vel immutantur, vel supplentur, vel imminuuntur.

Partitio Digest.

1. in L. libros.

De Divisione Pandectarum hoc addimus, quod aliter ab Imp. & aliter ab interpretibus dispescantur. Imperator eas 1. in L. libros dividit, qui numerus allectus est arbitrio Cæsaris & Compilatorum, pro magnitudine oblatæ materiæ & argumenti. Levicula enim conjectura est, quod in edicto Juliani fuerint libri centum, indeque L. libros, ceu dimidium sumpserit Justinianus, ut laudem brevitatis haberet, ceu opinatur Hubertus Giphanius *in Oecon. Pandect. in proœm.* Cùm eodem Giphanio fatente, index librorum veterum sæpè sit mutilus, multaque in eo libro desiderentur.

2. in VII. partes.

II. partitio est in VII. partes, cujus ratio assignatur in *d. const. tanta §. 1.* quod scilicet in numerorum naturam & Artem respexerit Imperator. In illam fortè quod numerus septenarius, non tantùm apud gentes profanas, sed etiam in libris nostris sacer, mysticus & sanctus habeatur, *Id. Giphan. d. l. n. 4.* In hanc (Artem) quod certâ ratione ac methodo

digesti

digesti illi libri omnem omnino veterem prudentiam civilem ex antiquis JCtis collectam continent, ejusque usum & exercitium per judicia demonstrant. Ex interpretibus Accursius, & Veteres communiter Digestum dividunt, in Vetus, Infortiatum, & Novum. Illud se extendit usque ad tit. finalem l. xxiv. *Sol. matrim quemadm dos.pet.* Infortiatum Glossa dicit, quod fortissimas leges contineat: rectius quasi farciatum vocatur, (interpositum, scilicet inter vetus & novum) ab infarciendo, quod sit infarctum. Porrigitur verò usque ad lib. xxxix. *t.1. De Nov. oper. nunc.* Cæteros titulos, ad finem Novum complectitur Digestum. Adde his Henricum Zoesium *comment. ad Dig. in præfat.* Verùm enim verò, quamvis ejusmodi divisionibus, licet minus artificialibus, sua sit auctoritas, quia tamen perpetuus est Pandectarum ordo & contextus omnium L. librorum, seu continuâ absolutus; potius est dare divisionem, quâ & ipsæ partes invicem, liberque libro & titulus titulo connectantur. Hoc nomine Corasium & Hupperum, insignes JCtos secuti, totum opus Digestorum in partem Communem & Propriam dividimus, seu Generalem & Specialem. Ad illam pertinent t. 1. tt. 111. & 1v. lib. 1. Hæc *secund. l.1. de stat. hom.* in tria summa capita iterum dispescitur. Agit enim (1) de Personis & Statu Personarum t. v. vi. vii. (2) De Rebus t. 11x. (3) De actionibus, in quibus pertractandis præcipuè occupati fuere Compilatores, ordinem Edicti perpetui secuti à t. 9. l. 1. ad fin. Unde etiam fit, quòd tractatus juris circa rem (h. e. juris in re & ad rem) in Instit. satis distincti, in ff. tractationi Actionum involvantur. Vel etiam totus liber Digestorum generaliter dividi potest in tria potissimum capita. Primùm *à t. de just. & jur. usque ad t. de jud.* tradit *principia totius artis & usus forensis.* Secundum *omnia de quibus penes Jurisperitos vel judices disputari* solet, *à t. de judic. usque ad t. de verb. sign.* Tertium *à t. de V. S. usque ad fin.* summam quandam & q. *breviarium totius* continet, estque loco *Epilogi.* Nam cum omnis Jurisprudentia vel Rerum notitiâ constet, vel Justi & Injusti scientia, *l. 10. §. 2. de just. & Jur.* titulus de verborum significatione summam quandam Rerum, titulus de Regulis juris, summam quandam justi & injusti, æqui & boni complectitur & suppeditat. Hæcque totius syntagmatis & librorum est connexio. Quomodo autem ipsi tituli invicem cohæreant, docet initio Autor *in pr.* cujusque tituli, idemque & multi alii in œconomiis juris. Hæcque aliâs connexio titulorum, Græcis *συνέχεια*, vulgò Continuatio dicta, summoperè necessaria est, atque insignem utilitatem habet. Ita enim non solùm q. totius corporis figura primis lineamentis adumbrata in mente circumfertur, quæ admodum proficit ad textus juris sine indice inveniendos; sed & singula membra partesque eò facilius & enucleatius possunt considerari. Quia verò non quævis cohærentia etiam longè petita hîc locum habet, sed quæ titulo libroque subjecto atque textibus juris convenientius est, hinc & in his Autorem, sicubi placet, sequemur, ubi minus bonam habet, meliorem substituemus. Nobis namque propositum est, quantum ratione & auctoritate fieri potest, ostendere, quo pacto nihil in his libris desit, nihil redundet, nihil non suo loco sit positū.

3. In partem comm. & propriam.

Conn. totius Syntagmat.

Connexio titulo.

Titulus quid

Titulum) Titulus sive à tuendo aut tutando, secundum Varronem, sive ἀπὸ τοῦ τίειν ut vult Beckmann. *de origin Lat. lingu.* dictus, varios habet significatus. Aliquando denotat prædia clericis ad victum destinata, *1. F. 6. c. sanctorum dist. 70.* nonnunquam privilegium. *N. 131.* interdum notam honoris & dignitatis. *t. C. ut nem. priv. tit. prædit. de his qui pot. nom. tit. præd. adfig. N. 17. c. 15. l. 3. C. de bon. vac. l. 2. C. de aqu duct.* Quandoque causam possidendi, per quam dominio acquirendo occasio præbetur, *§. 41. de rer div. l. 24. C. de rei vindic. l. 4. C. de long. temp. præscr. l. 1. pro solut. Dionys. Gotofr. ad l. 13. de hered. pet.* Frequentius inscriptionem, indicinam, epigraphen significat. Nam omnibus propemodum rerum generibus solent inscribi quidam velut indices, qui ostendunt auctorem vel materiam, vel aliam operis qualitatem. Ita titulus hîc accipitur, *l. 1. de reb. cred.* quia tuetur & indicat id cui superscribitur: Et sicut aliàs tituli Mercurialibus statuis impositi vias demonstrant, ita & hi tituli, qui etiam partes appellantur, ut cum dicimus ventrem ex omnibus partibus mitti in possessionem i. e. ex omnibus titulis de bonorum possessionibus, *l. f. de vent. in bon. poss. mitt.* Cicero capita vocat, ut cum dicit, ponenda esse capita ex quibus ducatur quæque pars juris. Aliàs Rubricæ dicuntur *l. 2. §. f. de interd.* quod plerumque cocco aut minio rubeant, unde rubrum & nigrum in jure, & argumentatio à rubro ad nigrum.

N. I. *Omnis qua via*) Non id verum est de omni in universum institutione, sed Practicâ tantum; theoretica enim seu scientifica longè aliter progreditur: & res ex subjectâ materiâ explicanda est.

Tum compositiva ac definitiva methodo) Putat Pandectas traditas à Compilatoribus Methodô Compositivâ & definitivâ. Compositivus ordo sive syntheticus est, qui à principiis ad composita progreditur, Definitivus, qui sub unâ substantiali & perfecta compendiosaque definitione, partes rei exhibet. Verùm rectiùs statuitur contra Autorem, duos tantùm esse ordines, quorum alter *Syntheticus* s. compositivus dicitur, qui scientiarum proprius est, alter *Analyticus seu resolutivus*, quem disciplinæ practicæ sibi vendicant. Scientiæ, quia τὸ scire pro fine habent: à principiis initium faciunt, & ex iis probant affectionem inesse suo subjecto, & hoc est procedere ordine compositivo: Practicæ autem disciplinæ, quia finem habent τὸ agere, finis autem Actionis est principium, & extra deliberationem positus, *Aristot. 2. de Eudem.* ideò à fine progrediuntur ad media, quibus iste finis obtineri & in subjectum introduci potest. Et porro distinguendæ hîc sunt tres quæstiones 1. *Quo ordine tradi jurisprudentia debeat?* Et tum respondemus pro Analytico s. resolutivo: (1) quia disciplina Practica est, expetit enim τὸ scire non propter scire, sed propter τὸ agere, cum ideò velit scire jus quod cujusque est (circa personas & circa res) ut tribuere idem aliis possit. At verò ejusmodi disciplina tradi debet ordine analytico, sec. *Aristot. d. l.* (2) quia subjectum jurisprudentiæ, ut post dicetur, non est scientificum, sed practicum. Omnis verò ordo syntheticus sive compositivus proprius est scientiarum, quæ objectum scientificum habent. Atque prædictus ordo in Institutionibus satis est perspicuus. Primò enim de fine agit Imper. *t. 1.* deinde de mediis ad finem obtinendum ducentibus, *cognitione* sc. unde quod cujusque est, & ad aliquem pertinet, ratione vel personarum vel rerum; *atque modo obtinendi,* de actionibus. In objecto enim explicando non opus fuit Imperatorem diu immorari, cum *illud non sit scientificum, cujus affectiones inquirendæ sunt, sed practicum, undeque ejus cognitio sufficiat, quali ad finem introducendum opus est.* II. Quæritur *quis ordo in Digestis habeatur:* Et certè eundem resolutivum esse, non facilè dixerim, quamvis iste non sit absimilis, (1) quod non studuerunt compilatores ejusmodi ordinem dare, sed edicti perpetui *arg. l. 2. de stat. homin. l. 2. § cumq. C. de vet. jur. enucl.* ut vulgata opinio habet, vid. Frantzk. *ad Pand. procem. n. 2.* post Ant. Augustin. *l. emendat. & opin. 1.* (quod tamen non semper obser varum ostendit Gotofr. *ad l. 2. de stat. hom.* ejusque filius Jacobus *in manual.* Joach. Hagemeierus *de autor. jur. c. 3.*) hosq; secutus Dn.

Ordo dupl. Synth. & analyt.

De ordine Juris distinguendæ 3. Quæst

1. quo ordine Jurisprud. tradi debeat?

2. quis ordo in Digestis?

tris Dn. Eric. Mauric. *d. dissert. de libr. jur. comm. hornumq; usu, posit.* 9. (2) quia de fine, & generalibus juris ibi quidem agitur t. 1. usque ad t. 7. & 8. cætera omnia (quæ quidem ad jus privatum pertinent, sunt de judiciis seu Actionibus, atque ita in Digestis & tractatus objecti & mediorum involvitur tractationi de actionibus. Neque hoc tamen alia ratione fit, quàm quod edictum perpetuum tantùm de Actionibus egerit, *d. l. 2. de stat. homin.* Interim & suum Digestis esse ordinem diffiteri non licet, pro ut omnia in his libris divinâ quadam methodo esse pertractata, pronunciare non dubitavit *Giphan. in œcon. edict. perpet. p. mihi* 99. Et ex his facile potest responderi ad rationes Autoris. Nam (1) is confundit ordinem jurisprudentiæ tractandæ, & illum quo tradita sunt Digesta. Illi applicari possunt ea, quæ de analyticâ methodo diximus, his verò vix item; (2) confundit ordinem totius & partium, ille analyticus est, hic definitivus, qui tamen *rectius explanatio & expositio rei dicetur, quam ordo.* Qualis autem sit Ordo in ipsis Legibus Pandectarum observatus, nemo, quod sciam, hactenus monstravit. Giphan. quidem *d. œcon. in fin. vet. Pand.* censet (1) initio positas definitiones & divisiones: (2) leges ad Sabinum Massurium scriptas, ob summam ejus auctoritatem, quod Ulpianus, Paulus & alii ad eas commentarii sint: (3) Leges ad Edictum, s. desumptas ex legibus JCtorum ad edictum, ita tamen, ut semper generaliores & faciliores ab initio collocentur: (4) alias ex legib. Digestorum, regularum, quæstionum, ad Plautium, ad Vitellium, ex libris differentiarum, ad Quintum Mutium, ad L. Juliam & Papiam, variarum lectionum, Epistolarum: semper tamen leges generaliores & faciliores ab initio collocatas, & in iis ordinis librorum rationem habitam fuisse. Verum enim vero multò plures sunt antiqui JCti ex quorum scriptis leges Pandectis insertæ reperiuntur: neque hic ordo dici meretur, cum memoriæ nihil consulat. Fortè difficile videbitur methodum hic monstrare, ubi legum tanta est multitudo & varietas. Tentari tamen id potest magno studiosæ juventutis emolumento, certis principiis præmissis. Primum hoc esto. In omni disciplina proceditur juxta quinque principia rationis, *Aristot. 1. analyt. 27. & 30.* E. & in legum prudentia. Suntque hujusmodi I. *Definitio*, nominalis, essentialis ex genere & differentia specifica, causalis complectens causam proximam, & in genere tam imperfecta (ipsi quoque Philosopho subinde usurpata) quam perfecta. Eodemque *Divisio* referenda est, quat. membra ejus communia definitionis genericæ participant. II. *Antecedens* (quodcunque rei prædicatione affirmativâ potest subjici, aliàs *subjectum.*) Et est tale quodcunque angustius ratione latiorum. Quomodo individuum est antecedens speciei, species est antecedens generis: differentia proprii. Breviter, antecedentia sunt, quæ majori vel minori extremo quæstionis affirmativæ subjiciuntur. III. *Consequens*, quodcunque rem consequitur. Græcis ἑπόμενα, quæ de majore aut minore extremo problematis possunt prædicatione affirmativâ enunciari. Talia sunt genera ratione suarum specierum, species ratione individui. Differentiæ item & propria consequuntur speciem, quemadmodum accidentia communia consequuntur subjectum. In summa consequens est omne prædicatum affirmativum secundum naturam, de antecedente s. subjecto. IV. *Repugnantia*, quæ non possunt rei inesse, s. à natura ejus sunt aliena, ita ut subjecto vel prædicato propositæ quæstionis subjici vel attribui nequeant. Græcis sunt ἀλλότρια extranea, aliena, in genere omnia diversa, separata, opposita. V. Denique *Proprietates*, τὰ ἴδια, per quæ innuuntur omnia quæ quamlibet rem, sive sit substantia, sive sit accidens, necessariò consequuntur aut alioquin cum alterutra quæstionis parte arctissimè cohærent, veluti partes, si termini sunt totum integrale, aut species, ubi termini sunt totum substantiale. Videat, cui volupe, de his principiis rationis Dn. Henricum Hopffnerum *comm. in duos libros Arist. prior. Analyt. l. 1. sect. 2. & seqq.* & Dn. Museum *de usu princ. rationis in Theologia.* Juxta hæc in Digestis definitionibus, descriptionibus & divisionibus res exponi cernere licet in *l. 1. l. 2. de usufr. l. 1. l. 3. de servitut. l. 1. de int. l. 1. qui testam. fac. poss. & passim.* Antecedentium loco sunt. (1) Personæ, v. c. quæ habent testamenti factionem, *l. 3. qui testam. fac. poss.* quæ jure gentium aut civili dominium acquisiverunt *l. 23. de acquir. rer. dom.* (2) Res, quas quis habere vel possidere, vel persequi potest, *l. 34. §. 1. de contr. empt.* Consequentia eorundem prædicata affirmativa: ut quod dicitur de iis personis quæ habent testamenti factionem, quod possint facere testamentum, *d. l. 3.* de iis quæ jure gentium aut civili dominium acquisiverunt, quod ipsis detur rei vindicatio, *d. l. 23.* item de rebus quas quis habere, possidere, vel persequi potest, quod earum sit venditio, *d. l. 34. §. 1.* Repugnantia v. c. sunt hæc: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, *l. 15. qui test. fac. poss.* ut & is qui apud hostes est, *l. 8. eod.* obsides testari non possunt, nisi eis permittatur *l. 11. d. t.* Mutuum damus recepturi idem genus; nam si aliud, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum, *l. 2. de reb. cred.* liberum hominem scientes emere non possumus, *l. 34. §. 2. de contr. empt.* qui in potestate parentum est, testamentum facere non potest, *l. 6. qui testam. fac. poss.* bonæ fidei dolus est contrarius, *l. 5. C. de resc. vend.* Proprietates sunt quæ Nostris substantialia, naturalia, accidentalia, *conf. §. adeo de locat. cond. l. 7. §. 5. verb. extr. nat. & §. 6. de pact.* Secundò certum est principium, omnes in universum leges, quæ quidem non generalia aut universalissima proponunt, *quales extant sub tit. de just. & jur. & t. de legib. l. 16. de condit. inst. & alibi benè multa.* esse de actionibus hominum, *l. 2. inf. de legib. §. pen. de jur. nat. gent. & civ.* Hæ vero agunt de personis, rebus, earumque circumstantiis, *d. §. pen. l. 16. de pœn.* Ergo & leges non possunt de talibus non esse, ad easdemque istæ propterea commodè revocantur, quod ab initio ex iis constituantur. Circumstantiæ Oldendorpio dicuntur *nota rerum & personarum communes & externa, ex quibus æstimatur juris definitio, non solùm in pœnis delictorum, verùm etiam in omnibus contractibus & humanarum functionum negotiis.* Sunt hæ numero septem, ad quas reliquæ revocantur: *locus, tempus, persona, quantitas, causa, eventus.* Quarum primò vis est, ut graviorem aut leviorem rem faciant; nam armatam vim inferre gravius est, sine armis levius: deinde ut sæpe rem de uno genere transferant in illud: nam contrectare rem profanam invito domino furtum est, sacrum sacrove commendatum, sacrilegium: quin etiam ut rem de bona malam, & contra de mala bonam faciant, v. c. homicidium per se malum, fit bonum ob justitiæ vindictam. Eleganter hoc exponit Claudius Saturninus *in d. l. 16. de pœn. cum jungenda l. 31. depos.* Et juxta hæc eò melius rediguntur ad certa capita nostræ leges, quod earum principium sit non modò Ratio sed & Voluntas legislatoris, plurimorum jurium positivorum materiâ, quæ minimùm ad dictas circumstantias rectè refertur. Tertio extra dubium est scopum ICti esse, ut quod justum est, per leges in Rempub. inducat, *l. 2. inf. de legib. l. 10. §. f. de just. & jur.* Ergo & justi & injusti principia, quæque à natura & conditione legum in genere, Reip. & hominis proficiscuntur, capita quoque his legum maxima faciant necesse est, quæ quidem

Respondetur Wesenbecio.

Ordo datur in legibus Pandectarum.

Investigatur illud ex 5. principiis.

1.

Applicatur ad leges Dig.

2.

3.

vero

est, quæ quidem varii sunt generis, ut suo loco docebitur. Quartò Leges ad certas classes commodè revocantur per earum interpretationes, quæ varii generis, ut dicetur *ad t. de legib.* Multi namque tituli in SCtis, plurimi in Edictis Prætorum exponendis consumuntur, *ut t. de his qui not. inf. t. quod. met. caus. t. de dol. t. de Senat. Maced. t. de postulando.* Juxtà hæc axiomata nunc leges tituli *quod met. causa* ad duo membra revocabimus. Primum edictum continet ejusque explicationem *usque ad l. metum autem §. sed quod ait Prætor.* Secundum incipit *d. §.* & comprehendit circumstantias quæ in omnibus actionibus examinari solent, cui detur, contra quem, ad quid. Tit. *de pactis* complectitur tres partes. In prima continetur pacti descriptio & definitio *usque ad l. 5.* item divisio *à d. l. 5. usque ad l. 7. §. 7.* Tertia habet q. anakephaleosin eorum quæ dicta sunt in utraq; parte, usque ad finem. In tit. *de transactionibus* tractatur (1) quid sit transactio, transactum, & quomodo fiat, *à l. 1. ad 8.* (2) in specie de transactionibus alimentorum, *totâ l 8.* (3) de consequentibus & proprietatibus transactionum, *à l. 9. ad finem.* Titulus *de adoptionibus & emancipationibus* dividatur in quatuor potissimum capita. Primum est definitio, divisioque adoptionis, *l. 1. & 2.* Secundum proprietas ejus & emancipationis, quorum authoritate fieri debeant, *l. 3. 4. 5. 6. 7. 8.* Tertium Antecedens, seu qui possint adoptare & qui adoptari, & quomodò *l. 9. usque ad 31.* Quartum de consequentibus, seu vi & effectu adoptionis, *à l. 31. ad finem.* Ad repugnantia adoptionis in specie spectant *l. 17. l. 24. l. 25. §. 1. l. 26. l. 34. l. 37. §. 1.* Sciendum tamen, ut per totum corpus ff. hoc est observatum, quod de anekephaleosi suprà diximus, in paulò prolixioribus mulis, ita & hic factum esse. Non quidem Negligentiâ aut incuriâ, sed studio, ut ea quæ plus energias habent, sæpiùs inculcentur. Ita tamen, ut aut addatur in iis, aut detrahatur quippiam, aut declarandi causâ clariùs dicatur. Quatenus enim in tanta rerum mole fieri potuit, divino quodam ordine tractata sunt à JCtis omnia, hæcque ratio fuit quare à Justiniano pro legibus sint habita. Attamen hæc exempli loco dixisse sufficiat, quæ si attenderētur meliùs, quàm vulgò fit, sine dubio diligentiùs incumberetur legibus ipsis addiscendis, majori Reip. emolumento, & maturiùs ad scopum suum perducerentur, qui diffidentiam & tædium captum ex legum multitudine, devorare nolentes, Dd. potiùs commentariis, quàm ipsis fontibus inhærere satagunt. Cæterùm affinis prædictis quoque est III. Quæstio *An jus in artem redigi possit?* Vide sis eam affirmantem Johannem Corasium *de arte jur. l. 1. c. 2.*

5. Q. an jus in ord. red. possit.

N. II. *Sic Jurisprudentiæ finis est conservare.*) Rectiùs ita statuitur. Finis hujus disciplinæ practicæ *Justitia* est, quia hæc in objectum ejus introducitur, ut fusiùs explicabimus *ad fin. n. 13.* Supponitur etiam hic agi de Jurisprudentia Dicastice Practica, quæ est legum conditarum exercendarum; quia non sufficit legibus fundari civitatem; insuper & earum accommodatio ad res & in foro versantia requiritur.

Jurispr. Dicasticæ finis.

Objectũ

Objectum ejus in quod Juris Consultus operari vult, & finem suum introducere, sunt *actiones hominum in Republica*, quæ certas leges habet præscriptas, constitutorum, *divina & humana*, (hoc est, publicæ & privatæ, ad Deum vel homines spectantes) sic dictæ, quod illæ ad Deum sursùm referuntur, hæ ad humum deorsum vergunt. Unde etiam aliàs *civiles actiones*, seu *civilia negotia* appellantur, ne quis putet intelligi illas actiones, quæ sunt medium petendi, seu jus persequendi in judicio quod sibi debetur, *princ. Inst. de Action.* Nam in ea acceptione *actiones non sunt objectum jurisprudentiæ, sed ipsum medium*, ut mox addemus. Ceu verò in aliis disciplinis, ita & hic, objectum duplex occurrit, materiale & formale. Materiale sunt actiones civiles, scil. negotia civilia, de rebus divinis & humanis, quæ Theologis atque Philosophis communia, ut secundum præcepta divina item spontè virtutum habitu acquisito vivatur. Formale verò, (quod ex fine æstimatur in disciplinis practicis, quem quærunt, adeoque singulare est) sunt eædem actiones civiles, quatenùs ad præscriptum jussumque legum Reipub. sunt justæ vel injustæ. Idque probatur primò, quod actiones hominis ita instituendæ sint, ut legibus à Majestate præscriptis) & quas JCtus interpretari debet) conformes existant. Vid. Plat. *l. 12. de ll.* Arist. 7. *Polit. 13. junct. 2. Ethic. 1. 5. Ethic. 5. 10. Ethic. ult. 1. Rhetoric 13.* Lex autem illa regula est justorum & injustorum, præcipiens quid faciendum & quid justum & quæ injusta & fugienda, *l. 2. in fin. de ll.* Justum verò & injustum dicitur (1) quod legibus omnibus congruum est vel non (2) quando de rebus externis suum cuique tribuitur vel non tribuitur, *5. Ethic. 1.* Deinde illud patet ex *l. 1. §. 1. ibi, æquum ab iniquo &c. h. t. §. 1. ibi just. & injust. Instit. eod.* quibus officium JCti indigitatur æquum ab iniquo, licitum ab illicito, in publicis privatisque civium negotiis discernere. Accedit tertiò, quod ad nullam aliam disciplinam pertineat, leges (finitè & simpliciter latas) actionibus hominum particulatim applicare, discernendo quid in iis justum & injustum. E. singulare hoc est & proprium Juris Consultis, unum & non commune. Atque hoc est quod dicitur in *ante citat.* §. 1. Jurisprudentiam esse rerum divinarum & humanarum notitiam. Rei enim verbum generaliter ibi significat, verba, dicta, facta & negotia hominum in Repub. *l. 1. ad fin. ub. lit. K. Gothofred. de reb. credit.* uno nomine dicuntur actus, sive actiones & negotia humana: adeoque synonima sunt, cum *rebus divinis & humanis.* de quibus sunt hominum actiones, modo tamen considerandi, ut diximus quà justæ vel injustæ. Ut enim Majestatis est, prospicere Reipub. non tantùm de vitæ commodis, & ut tranquillè in ea vivatur, verum etiam ut justè legibus propositis: ita & Juris Cti est leges illas uti latas eodem fine interpretari & negotiis obvenientibus accommodare. Cæterùm ab his, haud planè diversus est Baldus, inquiens hominem esse subjectum juris, modò accuratius nonnihil inter subjectum & objectum distinguatur. Homines enim in Rep. sunt subjectum Juris. Nam ut corpus Medicinæ, ita homo quantum ad animum attinet, & Respublica Legum prudentiæ subjecta est, ad justitiam in ea inducendam. Neque etiam planè inconvenienter dicunt Azo & Br. *in proœm. Instit.* subjectum jurisprudentiæ esse duo vitia, Errorem scil. & Contumaciam, modò illud rectè intelligatur. Hoc enim eatenus verum est, quatenus jurisprudentia tollit errorem circà res, an ad hunc, vel illum pertineant; docet enim quid cujusque sit: Item quatenus contumacia tollitur per jurisprudentiam eo ipso, dum actiones tanquam legitima media subministrantur, per quæ etiam ab invitis, ad quod nostrum est, extorquere possimus. Dissentiunt Dd. diversimodè. Pac. *in method. jur. l. 1.* subjectum *judicia* facit, Multi ex Dd. personas, res, & Actiones. Sed quæ partes quidem objecti sunt, non verò ipsum Objectum. Christop. Ehem *de princ. jur. c. 4. in fin.* actiones s. dicta factaque hominum civilia & legitima. Verùm & illegitimi actus, delicta & alia addi debent, modusque considerandi. Profligata quoque dudum est opinio Franc. Vallesõ *de sacr. Phil. c. 74.* putantis Juris Cons. versari circa hominis *bona & facultates*, seu *divitias*, bona fortunæ. Minimè enim hæc exhauriunt illa circa

Materiale & Formale.

Probatur obj. formale.

An homo subjectum juris?

An error & Contumacia?

An judicia?

An poss. res & act.

quæ

An bona fortunæ objectū; Juris?

quæ JCtus occupatur. Actiones hominum in Rep. multò sunt latiores, sc. omnes virtutes instituendæ. Nec enim de iis agitur qua justis modò propter *κατὰ μέρος δικαιοσύνην*, (quæ solùm spectant bona fortunæ, 5. *Ethic.* 2.) sed & secundùm justitiam universalem, complexum omnium virtutum, quarum contraria vitia prohibent Leges ipsumque jus civile, puniuntque non parentes *l.* 1. *l.* 2. *de legib.* Plat. *l.* 1. *de legib.* Aristot. 2. *polit.* 7. & 14. Χρηματιστικὴ est quæ pro scopo habet *opes* easque sine modo studet acquirere. At ut Resp. & Politica divitias desiderat tantùm quat. sunt instrumenta rerum agendarum, non verò ut civilis felicitas per eas obtineatur: ita etiam JCtus bona fortunæ, partim tantùm pro objectis inter *res humanas* habet, ad finem justi aut injusti. Porrò *Media* juris sunt per quæ finis ejus obtinetur: hæc plerique duo faciunt.

Media sec. plerosque duo.

Primum ipsis est *cognitio ejus quod cuiusque est*. (h. est juris, quod quisque habere potest, vel non) cui adhærere videtur legum interpretatio. Alterum, *Modus jus cognitum obtinendi*. Jus (h.e. facultas ad aliquid) habetur vel circà personas, vel circa res, *arg. l. fin. instit. de his qui sui vel al. jur.* illud jus personarum dicitur, hoc jus rerum, seu circa rem. Interpretatio annexa huic medio non unius modi est, *ut dicetur infr. ad tit. de Leg. Modus obtinendi*, in *Actionibus* consistit, *in judicio instituendis*. Actiones enim dupliciter considerari possunt. Primò absolutè & extrà judicium, prout explicatur, quæ cujusque causa, cui, contra quem, ad quid, quam diu dentur, &c. quomodo de iis agitur *tit. Inst. de Action.* Et sic potiùs accuratè loquendo, ad jus quod cujusque est adeoque ad primum medium pertinent. (1) quia actiones eô modô consideratæ, ceu Effectus ex causis fluunt ex jure vel personarum vel rerum: (2) qui jus circa personas vel res habet, non potest non simul actionem habere pro suo jure competentem, cum positâ causâ & effectum poni necesse sit. Secundò relativè considerantur, ut in judicio instituuntur & exercentur, quod fit per Processum, qui nihil aliud est, quàm ordo legitimus tractandorum judiciorum. Verùm (1) legum prudentia cognitione ejus quod cujusque est, minimè exhauritur; quod plurima sine facto hominis lege tribuantur circa res externas, *arg. l. 1. de O. & A. l.* 1. *C. qui pot. in pign.* & *sim.* justa etiam illa scienda sint, quæ talia ex principiis justitiæ universalis, Reip. & legum: (2) non omnis interpretatio huc pertinet, sed tantùm forensis: (3) eadem includit modum in judicio obtinendi. Hinc rectius & explicatius dicitur, Media Dicastices duo esse I. cognitionem juris, h. e. notitiam rerum divinarum & humanarum, ac justi & injusti scientiam *l.* 1. §. 1. *l.* 10. §. 1. *h. t. l.* 2. §. 43. *vers. turpe de o. s.* II. Interpretationem forensem, *d. l.* 1. §. 1. *verb. discernentes, separantes. l.* 2. §. 5. & 13. *de orig. jur. l.* 12. *l.* 17. *de legib. Aristot. polit.* 4. Cognitio juris hic ex natura Prudentiæ requiritur, qui tres sunt facultates subordinatæ & q. instrumentales, (partes potentiales) quibus omnis, adeoque & legum prudentia perficitur, 1. *νοῦς* intellectus, 2. *σύνεσις*, perspicacia in rebus agendis, *γνώμη*, 3. judicium. Propter primum principiorum jurisque constituti scientia prærequiritur: *δεῖ γὰρ καὶ τὸν φρόνιμον γινώσκειν*, inquit Aristoteles: & frustrà inquirit in res agendas atque judicat, qui jus ignorat. Cognitio enim uniuscujusque rei est, q. norma quædam ejus rectitudinis, in mente cognoscentis sita, cui rem cum applicat ille qui discernere vult, facilè invenit, congruatne cum norma res, an ejus examen transgrediatur. Qui igitur cognoscit quæ sit natura rei quam judicare vult, is ejus cognitionem adeptus est: qui verò cognitionem est adeptus, regulam & normam habet: qui autem normam habet, id habet quo rem judicaturus

Examinantur & explicantur.

est: quod qui est consecutus, jam habet quo rectè ferre judicium possit, contra verò qui non cognoscit, unde ille bonus judex, hic pravus evadit, verba sunt elegantia Eustratii *ad* 1. *Ethic.* 4. *ad vers. verum unusquisque* Σύνεσις autem & *γνώμη* in Interpretatione forensi maximè sunt conspicuæ: *τῆς γὰρ φρονήσεως ἐστὶ τὸ βουλεύσασθαι, καὶ τὸ κρῖναι τὰ ἀγαθὰ, καὶ τὰ κακὰ*, ut eleganter exponit idem Stagirita *l.* 6 *Ethic.* 5. 6. 8. 10. 11. 12. 13. *Ethic. ult.* & *de virt.* & *vit. p. m.* 374. Carol. Franc. d' Abra *summ. tot. phil. p.* 2. *p. m.* 73. & præ cæteris Eustratius *ad d. loc. Arist.* 6. *Ethic.* Coincidit cum his si dicatur Media esse I. Ipsas leges, seu jura constituta, publica & privata. II. Legum ad singula facta applicationem, alterum enim solidam juris cognitionem desiderat, alterum commodā ejus interpretationē & modum in judicio experiundi.

Media Dicastices 1.

Dissentit Wesenbecius hic, finem juris faciens conservationem justitiæ in vita civili, quæ sanitas sit Politiarum, exemplo Medicinæ. Aliter Bachov. *in Not.* externum & generalem finem dicens juris administrationem, internum verò & specialem cognoscere leges & rationem, quâ secundùm leges jus in particulari, singulis casibus accommodari possit.

Leges 2. earum applicatio sive interpretatio forensis.

Verùm justitia quidem sanitas est politiarum, & jurisperitus Medicus, juxtà Andr. Tiraquell. *de Nobilit. c.* 31. *n.* 315. quia quod medicamenta morbis, hoc exhibent jura negotiis. Causæ Medicina tradi dicitur, cui jura præscribuntur *Nov.* 3. *in præf. in fin.* Aristoteli judicium & punitio sunt Medicina 1. *Rhet.* 14. & Valentiniano atq. Valenti Impp. correctionis medicina vocatur potestas corrigendi propinquos & minores: *l. unic. C. de emend. propinq.* Atque ut novis morbis nova conveniit antidota præparari, ita & leges quandoque conduntur novæ, casibus novis emergentibus *cap.* 5. *de juram. calumn. arg.* 2. *Feud.* 24. *vers. sed quia.* Verùm isthæc per metaphoram omnia ita dici, & translationem adeoque impropriè, quis non animadvertit?

Respondetur Wesenbec. de fine jur.

Quæ Bachovius de fine subjicit, clariùs ita proponi poterunt. Juxtà Philosoph. 4. *Polit.* 14. Tria sunt in quibus consistit *τὸ κύριον* 1. in imperando. 2. rectè consultando. 3. rectè benèque judicando. Ex quibus prima facultas Legislatoria est, secunda deliberativa, tertia judiciaria, adeoque per has omnis Respublica regitur & gubernatur. Judiciaria in primis in juris redditione occupatur in judiciis, venitque nunc ferè nomine Jurisdictionis der Gerichte. Cùm verò jura reddenda sint secundùm leges: hæ verò finitæ & simplices deque iis, quæ *ἐπὶ τὸ πλεῖστον* fiunt, legislator quoque erroribus obnoxius sit, & tamen negotia hominum quoad circumstantias in infinitum ferè variare possint, quibus singulatim leges condere nec utile, nec possibile est, hinc necesse fuit ut haberentur, qui noscerent modum, leges ad singulos casus applicandi commodâ interpretatione, discernendo justa ab injustis, 4. *Pol.* 4. 1. *Rhet.* 1. *l.* 2. §. 5. *de orig. jur. l.* 1. §. *hoc* 1. Hæc ars Jurisprudentia est. Leges porrò non tantùm æqualitatem imponunt, seu ea quæ justitiæ particularis, sed & quælibet virtutum opera 5. *Ethic.* 3. *in fin.* Neque modò de iis sunt, quæ naturâ aliàs præcipiuntur, sed & multa habent ex positione 5. *Eth.* 7. Feruntur etiam non solùm de causis privatorum, sed & de publicis negotiis, 4. *Polit.* 1. *in fin.* Et in universum nihil aliud sunt, quàm præcepta de virtutibus & vitiis, quatenùs vitæ tranquillitatem & utilitatem illæ juvant, hæc perturbant. De virtutibus autem & vitiis Philosophia moralis docet, & de Legibus civilis Prudentia. Unde sequitur, quid de Juris scientia statuendum, quis ejus finis, quæ media, non nisi ex ipsis Philosophiæ fontibus hauriendum esse. *Philosophus* verò *moralis* medium *virtutes* habet, quibus quæritur summum bonum in

Et Bachovio.

animo

animo hominis, quatenus is bonis moribus excoli, humanamque felicitatem obtinere potest. *Politices* media sunt *Leges*, quibus ceu vicariis utitur Majestas, in consequendo Reip. fine. *Leges* has assumit etiam *ICtus*, atque ad eundem finem, in eodemque objecto operatur, exactâ legum cognitione, & ad casus obvenientes accommodatâ interpretatione, discernens, quid in his justum vel injustum habeatur. Hinc Jurisprudentiam nihil aliud esse, quàm *Philosophia moralis quandam ad regendos ac gubernandos Politicos Reip. mores applicationem & extensionem*, scitè admodum & verè statuit Philosophus ipse maximus, Franciscus Suarezius *De Leg. in Proœm.* Conf. ICtissimum Dn. Henning. Wegnerum *in anal. nov. Instit. tit. 1. n. 5. & seqq.* Hinc Jurisprudentes veram. (h. e. perfectam, realem, ex qua ceu fonte leges sunt, quoque tendit bonum & æquum ipsum) nec simulatam (nominalem, fucatam seu apparentem, imperfectam: quomodo Horatius dixit æra Forus Alexandri vultum simulantia *lib. 2. Epist. 1.*) Philosophiam affectare (nimis exquirere) dicuntur Ulpiano *l. 1. §. 1. de just. & jur.* conf. Marqu. Frecherum *tr. de fam. ad ill. l.* Hinc Jurisprudentiam ex intima Philosophia hauriendam esse statuit Cicero *1. de legi.* Justinianus Philosophari vocat, quando super interpretatione legum disputatur, *N. 97. c. 2. ad d. l. 11. C. de his quib. ut indign.* Quin & ICti ipsi, Sophi appellati *l. 2. §. 39. & seq. de O. I.* quorum rationes decidendi plerumque Stoicam Philosophiam redolent, sicuti ad eam rem allegatur à Marciano Chrysippus Stoicæ sapientiæ Philosophus summus *in l. 2. de leg.* ubi Gotofredus adnotat, ICtos nostros à Philosophis institutos, aut Philosophiæ studio imbutos, & divini juris peritissimos fuisse. Quamvis nec aliorum scripta neglexerint, sic ubi rectiori fortè ratione uterentur. Quâ ratione citatur Plato, à Callistrato *in l. f. de nund.* Aristoteles à Juliano *in l. 36. de solut.* Cicero à Triphonino *in l. 39. de pœn.* & ab Ulpiano *in l. 7. §. 4. quib. ex caus. in poss.* Qui Cicero etiamsi inter ICtos non numeretur: magnæ tamen habetur autoritatis Orator, *in l. 2. §. 46. de O. I. ubi & Gotofr.* Demosthenes quoque Orator, auditor quondam Platonis juxta Gellium *lib. 3. c. 13.* allegatur Marciano *in d. l. 2. de legib.* Juxta hæc itaque non facimus cum Bacchovio, finem Jurispr. generalem esse juris administrationem. 1. quia hæc ad juris redditionem, & particularem justitiam præcipuè restringitur. 2. Finis legumlatoris in condendis iis est, legibus omnibus congruenter vivere, *5. Eth. 3. in f.* idem ergo finis & magistratus seu Judicis erit in exequendo, & ICti in interpretando. Absurdum enim fuerit, si hi à fine Legum conditoris velint divertere. 3. Ut itaque Ethico media sunt virtutes, Politico leges, ita & ICto media non possunt non esse, Legum illarum cognitio, & interpretatione commoda ad casus singulos applicatio; hæc enim legi ipsi connexa sunt & cohærent. Itaque præstant ICto vicem mediorum leges ipsæ & earum latori, ut Ethico virtutes. Quandoquidem verò ICti occupantur circa negotia publica privataque, quibus de ut plurimum in judicio controvertitur cui magistratus à Maj. juri dicundo præstituti; rectius dixeris contra Bachovium, finem Juris internum *Judicium* esse. Hic enim licet communis sit quoque jus dicenti, tamen inter pomœria hujus disciplinæ producitur, ceu Syllogismus in Logicis, calceus in sutoria, in sartoria vestimentum. At cognoscere leges & cognitas applicare, non sunt fines; quia in iis nemo ICtus quiescit, sed illis ut mediis utimur, ad obtinendum finem, puta judicium (in quo re judicatâ quiescere solemus,) aut compositionem & transactionem, aliumve modum, quo negotia injusta ad justitiam redigantur, vel ut quæ adhuc agenda & non controversa sunt, justè fiant & ad regulam seu normam legum, *l. 1. in f. de legib.* Cæterum plura ad hunc locum de Natura & Constitutione jurisprudentiæ pertinent, quæ parti hujus tituli quæ agit *n. 14.* de jure, Autorem sequentes, reservabimus.

Jurispr. quid sec. Suarez.

Explic. l. 1. §. 1. h. t.

Finis juris internus judicium.

N. III. *Justitiam ab eo dictam.*) Notatio Justitiæ alia est Grammatica, quâ dicitur à justo, alia Logica ex rebus ipsis petita, quò referri potest quod extat in principio *h. n.*

Justitiæ notatio.

Justitia porrò vox) Notanda prius est vocabuli ambiguitas. Justitia verò inprimis refertur ad *actum* vel ad *habitum*. Illo modo significat *justum actum seu actionem rectam*. Ita dicitur *in Psalm. 4. 6. sacrificate sacrificium justitiæ, Ezech. 18. 22. Si autem impius egerit pœnitentiam ab injustitia sua, quam operatus est, vivet. It. Matth. 8. 15. Sic enim decet nos implere omnem justitiam.* Add. Illud *Matth. 5. nisi abundaverit justitia vestra:* & rursus: *beati qui esuriunt & sitiunt justitiam.* Et sic intelligendum quod *in l. sumptus 3. C. de Administ. Tutor.* dicitur: *id quod a tutoribus sive curatoribus bona fide erogatur, potius justitiâ quam alienâ auctoritate firmatur.* Quomodo & *in l. 13. §. 2. de excus. tutor.* per naturalem justitiam, indigitatur ipsum æquũ naturale. Hoc modo ferè dupliciter iterum accipitur 1. pro habitu qualicunque bono, ut cum *Prov. 8. 20.* generatim sapientia dicit: *in viis justitiæ ambulo, in medio semitarum judicii.* 2. Ut est quædam peculiaris virtus, ex quatuor virtutibus cardinalibus, quarum fit mentio *Sapient. 8. 5.* illis verbis: Sobrietatem (id est temperantiam) & sapientiam (i. e. Prudentiam) docet, & justitiam, & virtutem (id est fortitudinem) quibus utilius nihil est in vita hominis. Conf Gregor. de Valent. *oper. Theolog. tom. 3. disp. 5. q. 1. punct. 1.* Quo significatu iterum denotat vel virtutem quæ de rebus externis suum cuique tribuit, quæ particularis, vel quâ quis omnibus legibus congruenter vivit, quæ vocatur justitia Universalis, ceu rectè ex Philosopho *5. Eth. c. 2. 3.* docet Aut. *per n. 3.* Plures justitiæ significationes videlis apud Ludov. Molin. *de Just. & jur. tom. 1. tract. 1. disp. 1.* Vincent. Fillluc. *quæst. moral. de Christian. offic. & casib. consc. tom. 2. tr. 31. c. 2. n. 27.*

Ambiguitas.

Univ. & partic.

Primò pro Justitia universali) Videtur dicendum quòd sit propterea universalis, quia est generalis virtus, non quod eadem sit per essentiam cum singulis virtutibus, sed quod cunctas per proprium imperium referat ad bonum commune. Dicitur enim generale bifariam 1. *per prædicationem*, sicut animal est genus ad suas species, & quod hoc modo est generale, ad essentiam eorum pertinet, quibus est generale, quare etiam universaliter de singulis prædicatur, nam genus est de essentia specierum. 2. *per virtutem*, quia causa est inferioribus influens, & quod hoc modo est generale, id non est particularibus idem essentialiter, neque de illis prædicatur. Vid. Dominic. Soto *de I. & I. l. 2. art. 5. in fin.* Est itaque justitia hæc generalis, nihilominus specialis virtus secundùm suam (specialem) essentiam, quatenus respicit *commune bonum*, ut proprium objectum. Unde Thom. *2. 2. q. 58. art. 6.* ait *sic eam in principe esse principaliter & qs. architectonicè, in subditis autem secundariò & qs. administrativè. Posse etiam quamlibet virtutem secundùm quod ab illa, (specialis quidem in essentia, generalis autem secundùm virtutem) ordinatur ad bonum commune, dici justitiam legalem.* Et ergo generalis est quo ad *energiam, vim & potestatem.* Sicut causa universalis est generalis ad omnes suos effectus, ut sol ad omnia corpora, quæ illuminantur vel immutantur per ejus virtutem: atque hactenus causaliter scilicet

Univ. just. unde sic dicta.

est eadem cum virtute, imò tota virtus, utpote cujus sine illa ad alium sive ad commune bonum, nullus est usus. Sic *vir fortis* dicitur, quod ordinem & locum in acie teneat, neque aufugiat, aut arma abjiciat, unde deinceps civis prodatur, aut patria in discrimen veniat. *Temperans* ne adulteretur, stuprum faciat, *lenis & mansuetus* ut neminem verberet, nemini maledicat &c. Vide Arist. 5. *ad Nicom.* 1. & junge *Nov.* 69. *princ.* Verùm enimverò an justitia universalis sit distincta à reliquis virtutibus, an verò planè eadem, & si distincta, num illa distinctio sit realis vel rationis, & an peculiaris sit virtus, an non? equidem non constat inter dissentientes variè de hoc Philosophos.

Nō dist. est à virt.

Differt à virtute quæ consideratur respectu ejus qui eâ est præditus, & quat. illum perficit, at justitia un. refertur ad alium ut alteri & toti Reip. prosit.

Nec est spec. virt.

Realiter itaque aut toto esse non distat, cùm sit omnium virtutum particularium complexus, quæ convenientia est non differentia, nisi modo tantùm essendi sive considerandi. Indeque non est species aliqua virtutis à reliquis distincta, cum implicet in adjecto esse speciem & omnes species complecti, 3. *Eth.* 3. 4. *Eud.* 1. & 2. Ad argumenta in contrarium prolata respondet Dn. Horn. 3. *Eth.* 11. *n.* 34. *& seqq.* virtutem nullam esse quæ ad bonum publicum non tendat, propter naturam hominis socialem. Inde ergo nec just. un. virtutibus essentialiter contra distinguitur.

Ejus synonima.

Dicitur hæc univers. justitia aliàs Humana, *Politica* justitia, quod in civili administratione, sive civitate & Republicâ spectetur, *Legalis*, *Legitima*, utpotè legum in quibus Reipublicæ maxima vis posita est, mater, anima, principium, & finis; vel ex sententia Phil. 5. *Ethic.* 1. quod efficiendo ea quæ sunt bona & apta communitati, sit conformis legibus, quia leges ea præscribere solent, quæ communitati in universum bona & conducibilia. *Plat.* 1. *de legib. Arist.* 5. *Eth.* 15. *pr. l. a. de legib.*

Just. hũ. h. loci.

N. IV. *Pro triplici hominis ordine.*) Verùm justitia ad Deum considerata ad Theologos spectat: Justitia hominis ergà seipsum nulla est: Politica autem seu humana & legalis, tantùm hujus loci.

Just. harmonica nulla.

Omnium facultatum animæ in homine concentus) Justitiam hanc Musicam vocat Autor, aliàs dicitur Harmonica. Verùm quod nulla talis sit, patet, quod secundùm Autorem Musica illa sit hominis ergà se ipsum, at nulla justitia est alicujus erga seipsum, quia omnis refertur ad alium 5. *Ethic.* 1. Autor *n.* 4. *in fin.* Et hæc est eadem quam alii universalem *absolutam* dicunt, cuique opponunt *Relatam*, ut facit Angelus Matthæacius *l.* 1. *de via & rat. cur. c.* 15. & Ehem. *de Princip. jur. l.* 5. *c.* 3. hoc nomine rectè refutati Dn. Hornejo 3. *Ethic.* 11 *n.* 10. quia virtus quidem ita considerari potest abstractè, at non justitia.

Nec absoluta.

Leges præcipuè requirunt obediētiam externam, contra Wesen.

Tantùm externam obedientiam locomotivæ.) Rectior sententia est, leges quidem etiam mentis & cordis requirere ἐυλαξίαν, *præcipuè* verò externam obedientiam locomotivæ (1) Quia ad virtutem, & sic ad justitiam quoque (quæ finis juris) requiritur, ut non tantùm scienter, sed & constanter & ex προαιρέσεως agatur, *Arist.* 2. *Ethic.* 4. (2) Majestas condens leges hoc intendit, & jubet, ut bene & moraliter vivatur etiam quoad mentis ἐυλαξίαν (3) probatur *arg. l.* 20. *C. de Furt. l.* 15. *de condit. instit. l.* 1. *ibi: correctionem morum. C. de secund. Nupt.* (4) Universalis virtus adeoque justitia dependet ab harmonia & concentu facultatum animi inter se, & omnium virtutum summa est, animum ita compositum habere. Omnis enim virtus, adeòque justitia est habitus qui internum componit hospitem & qs. animat (5) quia bonitas actionis, quæ à virtute, dicitur, ex duobus æstimatur, ex intentione bona & interno animi affectu seu habitu. Dissentit Autor h. (1) *per l. cogitationis.* 18. *de Pœn.* (2) quod naturæ depravitas istam ἐυλαξίαν non admittat: (3) quod latebræ & interni animi inordinati motus non possint perviderі, nec lege notari. Verùm respondemus (1) Effectum quidem legum primarium esse, obligare actus externos, quod ultrò largimur, internos tamen actus itidem à Majestate cogi posse, non quidem actu Physico, & per pœnæ irrogationem, sed actu morali, quia leges humanæ vim habent à lege Naturæ à qua derivantur. Hoc enim modo subdito imperat Majestas, ut si non obediat, propriæ conscientiæ testimonio intelligat se peccare. At potest lex purè humana sive civilis, indirectè præcipere actum interiorem voluntatis & intellectus, quatenus connexi per se esse possunt cum actu exteriori præcepto, vel prohibito. Sic præcipiens quid facere, non potest non præcipere velle facere, cum homo non nisi voluntate sit facturus. Et prohibens facere aliquid, prohibet etiam velle efficaciter facere idem. At *l. cogitationis.* loquitur, de actu hominis purè interno, quem non potest præcipere lex humana directè & in se. Confer Suarez *de legib. l.* 3. *c.* 13. *per tot.* (2) sufficit hic talis ἐυλαξία, qualem humana conditio admittit. (3) Latebræ & interni animi inordinati motus, non possunt perviderі, nec lege notari, si id intelligas purè de actu physico, secus si de morali. Nostra itaque sententia est, non in totum ab Autore diversa, is enim ait legem *tantùm* externam requirere obedientiam: Nos dicimus illam requiri *præcipuè*: sed & prætera ἐυλαξίαν mentis. Quamvis enim leges ipso externo facto, quod præscribunt, sint contentæ, sive quis illud pœnæ metu vel invitus præstiterit: attamen propterea non possunt rectè dici leges ἐυλαξίαν illam non requirere, cùm non præscribant saltèm, quid agendum esse, sed ex virtute agendum velint. Junge, *discurs. n. de delict. c.* 5. *n.* 20. *& seqq. & not. f. ad n.* 3. *vers. primo pro. in f.* Atque ex prædictis etiam facilè respondetur Scipioni Claramontio *de conjectandis cujusque moribus & latitantibus animi affectibus. l. de jurisprudentia. l.* 3. *c.* 10. inquienti: *Hæc jurisprudentia delictorum punitionem proponit, exteriorum tantùm perturbantiumque civilem societatem, habitunm non multum gerit curam, in universalibus solùm principiis honestè vivere, &c. occupata.* Singula enim falsissima sunt.

Actio legum spontanea: alia & metu pœnæ.

Metu pœnarum & præmiorum.) Spontè & liberè homines moveri debebant, ex se & amore boni, ad suum cuique tribuendum & agere ex habitu quod est per se justum, quod intendit Legislator leges condendo, ut modò diximus, & ICtus conditas interpretando, *d.* §. 1. *verb. nos sacerdotes. junct. verb. efficere cupientes.* Si autem id consequi non licet, sufficit ut voluntas civium metu pœnarum impellatur, & spe præmii. Quamvis hoc videatur justum per accidens, 5. *Eth.* 10. & 11. *B.* 1. *Rhet.* 15. nam justè agere voluntarium est, a. *Eodem.* 7. *F.* add. Eustratium *comm. ad d.* 5. *Eth.* 11. *vers. simili modo.* Rectè dicit & eleganter Ulpianus in *l.* 1. §. 1. *h. t.* homines bonos efficiendos metu præmiorum & pœnarum exhortatione. Ut enim Solon & Democritus ajebant, duo divina lumina cuncta gubernant, præmia scil. & pœnæ. Ratio à Philosoph. peti potest, quod nimirum homines duobus maximè afficiantur, voluptate & dolore. E. ex una parte alliciendi sunt præmiis, ex altera suppliciis terrendi. Sot. *d. l.* 1. *q.* 2 *in fin.* Adde *d. discurs.* ubi hæc latius persequimur, *n.* 21. *& seq.*

Expl. l. 1. §. 1. de præm. & pœn.

Religio, pietas, fides) At verò hæ supernaturales sunt & Theologicæ virtutes, quod Deum pro objecto habeant, quas eò quò pertinent, remittimus. Ex his autem omnium optimæ sunt & maximæ Fides, Spes, & Charitas.

N. VI.

N. VI. *Proxima προαίρεσις*) Sed προαίρεσις est tantùm requisitum habitus. Vid. 2. *Eth.* 4. ideoque proxima justitiæ legalis causa rectius dicuntur negotia s. actiones, quibus paratur habitus & virtus comparatur, rectè notante Bacchov. *h. l.*

N. VIII. Πρός ἄλλον) Si hæc forma communis & essentialis quæ dat esse justitiæ, cur ergo quandam justitiam fecit sensuum erga mentem, vel hominis erga seipsum?

Subj. justitiæ est voluntas

N. IX. *Materia in qua est voluntas humana.*) Rectè ait voluntatem esse materiam in qua. Enimverò subjectum justitiæ non est nisi voluntas; quia ut Arist. 5. *Ethic.* 1. *in pr.* ait, justitia est habitus quo justa volumus: unde ICti per voluntatem *in pr. Inst. de I. & I. & l. 10. eod.* eam definiunt, designantes proprium subjectum: & sic statuit quoque Chrysostomus Javellus *Phil. Chris. tract. 5. vers. secundò dicitur.* Accedit quod unaquæque virtus sit in ea Potentia cujus est actus quem justificat, justitia autem non justificat actum intellectus, aut alterius cognoscitivæ potentiæ. Neque enim justi dicimur quia justa cognoscimus, cum id pravis etiam commune sit, sed quia *justa* ut ait Philosophus, *operamur & volumus*; non enim habet pro objecto verum, quat. verum, sed bonum quat. bonum, Cum ergò in nulla sit potentia cognoscitiva, sequitur quod sit in aliquo appetitu, quia hoc est proximum principium agendi & volendi. Appetitus autem alius est sensitivus, alius rationalis, qui voluntas. Ille in irascibilem & concupiscibilem dividitur. Et in hoc sensitivo existere justitia non potest, cum ordinem ad alterum habeat, ordinem autem ejusmodi nullus sensus agnoscit, quem sequitur appetitus sensitivus. E. nulla alia est potentia in qua resideat, quàm in voluntate. Sot. *d. I. & I. l. 3. quæst. 2. art. 4.* Add. Valent. *disp. 5. q. 2. punct. 4.* Præter voluntatem tamen & exercitium, seu operatio justorum, ut ante diximus, requiritur. Neque enim more Stoicorum justitiam voluntate tantùm æstimamus. Hâc itaque ratione externa membra (linguam, manus) Autor malè dicit materiam in qua, cùm nulla in iis justitia residere possit, nec quat. homines suum cuique tribuentes fortè illis ceu instrumentis utuntur.

Just. partic. cur sic dicta.

N. X. *Quia quodammodò pars.*) Particularem vocat Autor dupliciter: (1) quod quodammodo pars sit universalis. (2) quod regat mores hominum in particulari. Nimirum quia potest justitia considerari, secundùm suam propriam rationem, qua perficit hominem in ordine ad alterum. Et tunc vel per *se & immediatè perficit hominem* in ordine ad alterum, ut emptorem in ordine ad venditorem, vel perficit hominem in ordine *ad quemcunque alterum, non per se & immediatè ut particularem, sed mediatè & secundariè*, quatenus primò & per se perficit hominem, in ordine ad communitatem sive Rempublicam, cujus homo pars, & consequenter in ordine ad quemcunque alterum, qui sit pars ejusdem civitatis, ad quem ita redundat bonum totius. Greg. de Valent. *d. disp. 5. q. punct. 2.* Adde Sot. *de I. & I. l. 3. q. 2. & 6.* Thom. *in summ. Theolog. 2. q. 58. art. 5. & 7.* Oppositum huic part. just.

Plures usurpatio.

est *pluris usurpatio*: at contrarium justitiæ univ. *injustum & illegitimum.* Exponit hoc clariùs Eustrat. *ad 5. Eth. 2. Arist.* inquiens, *qui aliquâ pravitate operantur (sc. in. univ.) non dicuntur pluris usurpatores: sed injusti & illegitimi: Neque enim qui abjecit scutum in bello, plus usurpat quidpiam, & tamen ob ignaviam id fecit, injusteq; agit, & præter leges: neque qui indigenti ac potenti opem non tulerit, quamvis ob avaritiam & illiberalitatem ita se gerat.* Et porrò: *Quemadmodum autem unusquisque ex illis non ob pluris usurpationem ea agit quæ agit, sed vel ob ignaviam, vel ob avaritiam: ita neque pluris usurpator aut ob aliquod ex ante dictis vitiis, aut ob omnia simul injustè se gerit, sed ob solam pluris usurpationem, quæ nec ignavia est, nec avaritia.*

Quomodo constans just.

Constans & perpetua voluntas.) Circa genus hoc notandum (1) quod *voluntas* hic non significet potentiam nudam, sed actum, ut patet ex verbis *constans & perpetua*, quæ describunt habitum: requiritur enim in eo ut quis sciens operetur, eligens propter finem seu cum electione, atque ut perpetuò & constanter in omnibus actionibus. Vid. Aristot. 2. *Ethic. c. 4.* (2) Constans hîc dicitur justitia non in abstracto, *quia nulla est extra subjectum justitia, cum sit qualitas.* Eoque nomine displicet nobis justitiæ distinctio in Abstracto & Concreto. Sed definitur hîc justitia in concreto considerata, ut cadere in hominem potest: & dicitur constans juxta conditionem humanam, quat. est hoc possibile, civiliter scilic. & in sensu morali, quomodo & Aristot. tuetur hominem *ad perfectam virtutis Actionem* (proindeque summum bonum ὁλικόν) pervenire posse. Christoph. Ehem. *d. tract. l. 5. c. 5.*

Non in abstracto.

Quid hic jus.

Jus suum) Bacchov. *Instit. h.* jus suum vocat quod cuique debetur. Verum debitum latius dicitur, etiam quod non est ex justitia particulari. Jus hic ergo nihil aliud significat quàm quod cuique debetur de rebus externis in societate civili. *Jus enim* denotat facultatem moralem s. potestatem jure competentem. Quomodo definitur Molinæ *d. tr. 1. disp. 2. vers. à jure.* facultas *seu potestas quam ad aliquid homo habet, quo pacto dicitur jure suo uti*: & latius *d. tr. disp. 1. in pr.* Jus *hic est facultas aliquid faciendi sive obtinendi, aut in eo insistendi vel aliquo alio modo se habendi, cui si sine legitima causa contravenietur, injuria fit eam habenti*: ubi etiam hanc definitionem eleganter exponit. Ita dicitur jus in re constitutum. *arg. l. 13. §. 1. l. 19. de damn. inf. l. 30. de nox. act. l. 71. §. pen. & f. de leg. 1.* & jus ad rem, *arg. l. 3. de obl. & act. pr. l. eod. junct. arg. c. licet. c. si tibi absenti. de præb. in 6.* Per *suum* Filliutius *tr. 31. tom. 2. de I. & I. c. 2. n. 29.* vult *significari, id quod cuique secundùm justitiæ leges est debitum, sive sit dominium rei, sive usus & ususfructus, sive possessio, sive quod alteri debetur ex contractu vel q. contractu, ex delicto, vel q. delicto, quo quis alteri intulerit injuriam vel damnum*. Rectè quidem atque sufficienter; τὸ Suum enim hîc est quod alterius, *ex debito justitiæ* de qua saltèm agitur. Per justitiam enim singuli sua habent, ut lex jubet, juxta *Arist. 1. Rhet. 9.* Debetur autem sic alicui vel ut parti à parte, vel ut

Quid jus suum,

toti à parte & viceversa. Cujusmodi sunt quæ ex commutationibus: item onera, præmia, honores. In his enim posita est essentia juris sui, seu debiti, cujus violatio justitiæ opponitur. Et videtur illud reverà nihil aliud esse quàm *prælatio quædam moralis*, quâ hic homo præfertur moraliter aliis *quoad utilitatem talis rei*, propter peculiarem connexionem quam res ad eum habet, atque ordinatur. Nam *τὸ suum* esse indicat quandam unionem moralem rei quæ ipsi est cum persona quæ suam dicit, unde & illa ipsi quodammodo devincta. *arg. pr. de obligat. Conf. not. infr. n. 12. verb. bona privata in f.* Ideoque cum hîc de partic. justitia agatur, alterius loci sunt, & hîc dimittimus jura personarum, mariti item & uxoris, quos inter & similes, teste Philosopho, nulla propriè justitia est; quamvis actiones exinde oriantur reliquis quæ in personam vel rem sunt, assimiles. Eademque ratio est debiti aliarum virtutum. Ita quod pater teneatur liberos alere, filiam dotare, quod liberi parentibus obedire, quod uxor viro, servus domino parere, aut subditus superiori, id omne est, *non ex justitia aliqua* particulari, sed titulo alio habetur, sc. ex pietate, honestate, ex superioritate, obedientia, excellentia, gratitudine, charitate, misericordia. Quorum respectu aliquid subinde di-

In quo ejus essentia.

citur debitum in latiori significatu, & juris quandoque naturalis quat. ad id inclinat. Quibus & leges assistunt, actiones suppeditando dativas, exceptiones, officii judicis implorationem &c. *arg. l.19. de rit. nupt. l.5. pr. §. & ergo. §.12. §.20. l.8. de agnosc. & al. lib. l. f. §.5. C. de bon. qua lib. N.18. pr. l.7. de bon. damnat. arg. §.13. de actio. l.13. §. 7. de accus. tut. l. 102. de condition. & demonstr. & pass.*

Tribuens) Rectius legitur tribuendi, quàm tribuens, cum non modò actum sed & voluntatem designet. Neque qui justitiam colit, semper actu ipso suum alicui tribuit. Geometra dicitur, licet non semper metiatur. Accedit quod & in Pandectis Florentinis legatur, vox tribuendi. Add. Bacchov. *in πρῶτ p.1.* Refert verò Auctor hanc vocem adeoque & definitionem justitiæ ad universalem, quod nobis non placet & infra pluribus examinabitur. Illud hîc saltèm videndum, *An suum cuique tribuere, sit actus justitiæ universalis?* quod contra A. negamus (1) Ex sententia Aristot. 5. *Ethic. 4. in fin.* ubi suum cuique tribuere prædicat de justitia particulari, & rebus externis, existentibus περὶ τιμὴν ἢ χρήματα ἢ σωτηρίαν. *(circa honorem, aut pecunias, aut salutem)* ex quibus lucrum, seu alienum ultra quàm fieri debebat capitur. Thom *ad d. c. 4. vers. sed hæc.* & Eustrat. *ibid. verbis: particularis enim injustitia quæ ex pluris usurpatione efficitur, circa honores & pecunias versatur, i. e. fortunæ bona, in quibus ob voluptatem, quæ à lucro provenit, pluris usurpatio existit.* Eodemque spectat Arist. *in libello de virtutibus*, quando dicit particularem justitiam esse virtutem animi, qua *tribuitur* (sc. de rebus externis, bonis fortunæ) quod cuique par est. (2) *arg. l.1. §.1. ibi. non solum metu pœnarum &c. h. t. l.31. §.1. Depositi* (3) Quia suum cuique tribuere, non includit *To* honestè vivere, *arg. §. pen. Inst. h. t.* (4) id ipsum Vitam non reddit conformem juri & omnibus legibus (quod aliàs universalis justitiæ proprium est) exemplo intemperantis, helluonis, haud fortis vel mansueti, prodigi, qui suum cuique possunt tribuere, & interim non vivere secundùm omnes leges, quæ tamen ad correctionem quoque morum pertinent *l.15. de cond. inst. l.1. C. de secun. nupt.* (5) Differunt denique jus suum alteri eripere, & contra jura & leges vivere. Ergò etiam suum cuique tribuere & secundùm leges vivere differunt. Illud justitiæ particularis est, hoc non nisi universalis. Adde Dn. Hornei. quem in hoc sequi placuit *l.3. Ethic. c.11. n.20.* Dissentire videtur Aut. hic, referens eò quando quis timorem tribuit, cui debet timorem. Respondemus hoc etiam posse pertinere ad honestatem & mores, adeoque ad præceptum honestè vivere: qualia veniunt ex pietate, obedientiâ, reverentiâ. Sed opitulari tamen Autori videtur Bachovius *in not. hic* fortè ex Thoma *d. 2. 2. q. 58. art. 11.* quod scil. justitia universalis dicatur unicuique quod suum tribuere, per quandam reductionem ad principalem virtutem, h. e. quaten. illa refertur ad aliom, & reperitur in unaquaque virtute. Quo modo Augustinus 14. *de Trinitat.* citatus Thomæ, attribuit justitiæ subvenire miseris, & Autor dicit liberalitatem tribuere debitum speciei. Verùm (1) sunt hæc contra fundamenta dicta Aristotelis 5. *Ethic.* 2. & sanæ Philosophiæ. (2) qui subvenit miseris, non tribuit eis suum seu quod eorum est, sed quæ concedentis propria ipsis largitur, idemque in liberalitate obtinet, ex qua profecta non possunt dici deberi propriè & ratione juris, sed quo ad charitatem & impropriè. Ipse etiam Thomas *d. 2. 2. q. 6. art. 3. Et siquidem* ait, *simpliciter in alterum transferat rem suam absque debito, sicut in donatione, non est actus justitiæ sed liberalitatis.* Quidnì itaque & & hoc obtineat, quum quis de suo miseris subvenit? Secus tamen esse opinor, si fortè res non statim tradita sit, sed pacto donationis promissa, quo casu exinde obligatio oritur, & actio. Sot. *l. 3. q. 5. art. 3.* Atque hinc etiam patet, quàm valdè à vero aberret Guilielmus Amesius *de consc. & ei jur. l. 5. c. 1. n. 3.* dictam justitiæ definitionem vellicans, quasi miserè in ea sibi contradicant ICti, quod cum justitia æque pateat ac jus, quod pro suo objecto habet tres actus (honestè vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere) unicum saltèm definiant. Strictiùs enim is actus sumitur in definitione, & ut propriè dicitur de justitia particulari.

Jus suũ [...] h. est actus just. par- oc.

N. XI. *Species hujus justitiæ duæ*) Potest id & aliis modis ostendi, (1) auctoritate Philosophi 5. *Ethic.* 2. (2) à *duplici ordine* in Rep. Enimverò distinctio habituum, si specifica sit, ab objectorum naturâ derivatur, quia habitus distinguuntur per actus & actus per objecta. Est autem in Republica in qua justitia æqualitatem constituit, duplex ordo, idemque particularis & diversus. Totius ad partes. 2. partium inter se. E. per duos illos ordines justitiæ partes discernuntur. Prima (quæ communia bona civibus dispensat) nominatur Distributiva, altera verò quæ æqualitatem servat inter partes, à Græcis dicitur *διορθωτικὴ* Emendatoria 5. *Eth. 5. in f.* Latinis Commutativa vocatur 3. Ex *qualitate debiti.* Nam justitiæ est, suum cuique tribuere s. debitum: hujus autem diversa ratio est in justitia commutativa & distributiva. E. & ipsæ virtutes differunt. Dicitur autem dupliciter res hominis 1. Simpliciter, quatenus circa eam jus babet, ab alio privato quæsitum. 2. secundùm quid, quia non est ejus, nisi quatenus est totius, cujus ille pars est; quæ enim totius sunt, quodammodò sunt partium. Videsis Sotum *l. 3. q. 5. art. 1.* Molin. *d. tr. 1. d. 12. n. 3.* Sic enim vel debetur nobis aliquid ex jure rerum, vel exinde nos aliquid debemus, non quatenus sumus v. c. partes Reipublicæ, sed quat. ut privati contraximus cum aliis, & eò pertinet justitia commutativa: vel nos debemus, prout sumus v. c. partes Reipublicæ, & tunc fit respectus partis ad totum, & locus est justitiæ Distributivæ. *Quæritur hic de justitia vindicativa vel punitiva delictorum, ad quam speciem pertineat?* Et Conimbric. *Disp. Ethic. 9. q. 1. art. 2.* eam ad distributivam referunt, quam propterea distinguunt in *retributivam* & *punitivam.* Idem facit Car. Fr. D. Abra *Summ. tot. Philosoph. p. 2. p. m. 84.* dicens Distributivam aliam esse *Remunerativam* (præmiorum) aliam punitivam. Amesius *d. tr. lib. 5. c. 2. n. 3.* censet pertinere ad singularem speciem justitiæ, quæ dicatur Correctiva. Molina *d. disp. 12. v. solum ergò. in fin.* affinem quidem vult commutativæ, quaten. secundùm proportionem Arithmeticam pœnam pro delicto imponit: attamen ab eadem deficere, quatenus pœna rem non resarcit, sed damnum integrum permanet, licet puniatur reus quantum justum est pro delicto eum pati. Hinc ipsam non computari ait inter partes justitiæ particularis subjectivas, sed solum inter partes justitiæ potentiales. Idem sentit Thomas *d. 2. 2. q. 108. art. 2.* & Valentia *disp. 5. punct. 1.* Verùm rectius statuitur Vindicativam, quam vocant, non esse singularem virtutem, sed spectare ad commutativam illam, quæ circa commutationes involuntarias & delicta, eorumque pœnas occupata est, ex sententia Aristot. 5. *Ethic.* 7. Unde Cic. *lib. 2 de invent.* eam vocat justitiæ partem. Fit autem in delictis damni correctio, secundùm talionem proportionatam, seu identitate proportionis, 2. *Ethic.* 8. non per idem simpliciter, ut suo loco dicemus.

Duæ spec. just. part.

Q. de Vindicativa.

Distrib. quid?

Porrò in civili) Brevius dic. Justitia distributiva (*διανεμητικὴ*, attributrix,) est quæ in distributione *rerum*

rum communium juxta conditionem cujusque civis (ut præmiorum, honorum, officiorum onerumque) occupata est, *observans proportionem Geometricam.* Nam secundùm Aristot. *d. 5. Eth. alias 5. 2. circ. fin.* consistit in distributionibus aut honoris, (dignitatis) aut pecuniæ, (nummi, agri, vineæ, ædium, &c.) aut cæterarum rerum (externarum) quæ dividi inter eos possint, qui sunt v. c. ejusdē civitatis participes. Thom. *ad d. 5. Ethic.* & Eustrat. *ad d. p. Ethic. 2. vers. justitia igitur.* Ratio est, quia in his rebus contingit ut aliquis vel plus quàm dignus sit, vel minus habeat (quod ad injustitiam pertinet) vel habeat quod pro dignitate & & æquum est, id quod justitiæ. Et porrò hoc benè explicat locus Thom. *d. 2. 2. q. 61. art. 1. in distributiva justitia,* inquientis, *datur aliquid alicui privatæ personæ, in quantum id quod est totius, est debitum parti, quod quidem tanto maius est, quantò ipsa pars majorem principalitatem (conditionem cujusque personæ v. c. in Rep. sive meritum erga Rempublicam) habet in toto. Et ideo in distributiva justitia, tanto plus alicui de bonis communibus datur, quanto illa persona majorem habet principalitatem. Quæ quidem principalitas in aristocratica civitate attenditur secundùm virtutem, oligarchica secundùm divitias, in Democratica secundùm libertatem. Et ideo in justitia distributiva non accipitur medium secundùm æqualitatem rei, sed secundùm proportionem rerum ad personas* Justitia autem commutativa (συναλλακτικὴ item ἐπανορθωτικὴ, correctoria, expletrix & emendativa) est, quæ servat æqualitatem inter ea quæ sunt singulorum s. propria. Nam agit de commerciis, sive rerum commutationibus, & *observare solet proportionem Arithmeticam.* Commutationes autem istæ vel voluntariæ sunt, vel invitæ, secundùm Aristot. *d. 5. Ethic. 5.* Illæ dicuntur non ob ea quæ postea eveniunt, sed quod principium commutationis est statim voluntarium ab utraque parte. Hæ s. involuntariæ, quod principium in iis ab initio statim est invitum. Et quia invitum est duplex, per ignorantiam & per violentiam. *2. Ethic. 5.* ideo commut. invitæ aliæ sunt occultæ, q. per ignorantiam factæ, (ubi desunt vel intellectus vel scientia aut consultatio) ut furtum, adulterium &c. aliæ manifestæ, (ubi deest appetitio) rapina, accusatio. Veniunt autem hæc nomine commerciorum & τῶν συναλλαγμάτων exinde, quod fur pro furto interdum alia quædam restituit, quandoque aut flagellatur aut relegatur: quia in re esse & datio & acceptio quodammodo videtur, in quibus commercandi ratio consistit. Pro furto enim pœnas solvit, simili modo qui adulterium commisit, vel pecuniis vel supplicio aliquo mulctatus flagitium luit, par aliquod damnum etiam ipse patitur. Mich. Ephes. *comm. ad 5. Ethic. 2.* Eustrat. *ibid.* Quia autem hunc locum disertè iterum explicat Thomas, verba ejus subjicimus. *Justitia distributiva,* ait, *d. 2. 2. q. 92. art. 3. est directiva distributionum. Commutativa verò justitia est directiva commutationum, quæ attendi possunt inter duas personas: quarum quædam sunt involuntaria, quædam voluntaria. Involuntaria quidem, quia aliquis utitur re alterius vel persona, vel opere eo invito. Quod quidem quandoque contingit occultè per fraudem, quandoque & manifestè, per violentiam. Utrumque autem contingit aut in rem aut in personam propriam, aut in personam conjunctam. In rem quidem si occultè unus rem alterius accipiat, & vocatur furtum, si autem manifestè, vocatur rapina. In personam autem propriam vel quantum ad consistentiam personæ, vel quantum ad dignitatem ipsius, si autem quantum ad consistentiam personæ, sic læditur aliquis occultè per dolosam occisionem seu percussionem & veneni exhibitionem, manifestè autem per manifestam occisionem. Quantum autem ad dignitatem personæ, læditur aliquis occulte quidem, per falsa testimonia sive detractiones quibus aliquis aufert famam suam & per alia hujusmodi: manifestè autem per accusationem in judicio, sive per convitii illationem. Quantum autem ad personam conjunctam, læditur aliquis in uxore: ut in pluribus occultè per adulterium, in servo autem, cum aliquis servum seducit, ita ut a domino discedat. Et hæc etiam manifestè fieri possunt. Et eadem ratio est de aliis personis conjunctis, in quas etiam potest omnibus modis injuria committi, sicut & in personam principalem. Sed adulterium, & servi seductio sunt propriæ injuriæ circa has personas, tamen quia servus est possessio quædam, hoc refertur ad furtum. Voluntariæ autem commutationes dicuntur, quando aliquis voluntariè rem suam in alterum transfert. Et si simpliciter absque debito, sicut in donatione, non est actus justitiæ, sed liberalitatis. In tantum autem ad justitiam voluntaria translatio pertinet, in quantum est ibi aliquid de ratione debiti, quod quidem contingit multipliciter. Uno modo, quando quis transfert simpliciter rem suam in alterum pro recompensatione alterius; sicut accidit in emptione & venditione. Alio modo, quando quis tradit rem suam alteri, concedens ei usum rei, vocatur que ususfructus, in rebus quæ aliquid fructificant: vel simpliciter mutuum, vel commodatum,* (exprimitur hoc in *d. 5. Eth. 5. inf.* Voce utimur, quam Giph. & Camerar. *ibid.* χρῆσιν dicunt, commodationem, non à χρήσασθαι *uti*, sed à χρῆν, *commodo.* Sicque Thom. *ad d. c. 5.* rectè accipit de usu quo aliquis usum rei suæ alteri gratis concedit, reservato sibi ejus dominio. Eustrat. verò exemplum ponit de eo qui bovis sui usum ad dies aliquot ad agri cultionem alicui concedit, pro eoque vel nummos vel frumentum ipse accipit. At sic non commodatum erit, sed contractus innominatus, hæc commutatio, §. 2. *de locat. cond.*) *in rebus quæ non fructificant, sicut sunt denarii, vasa & hujusmodi. Si verò nec ipse usus gratis conceditur, vocatur locatio, conductio. Tertio tradit aliquis rem suam ut recuperandam, non ratione usus, sed vel ratione conservationis sicut in deposito: vel ratione obligationis, sicut cum quis rem suam pignori obligat, cum aliquis pro alio fidejubet. In omnibus autem, pergit Thomas, hujusmodi commutationibus sive voluntariis, sive involuntariis est eadem ratio excipiendi medium secundùm æqualitatem recompensationis Et adeò omnes istæ actiones, ad unam speciem justitiæ pertinent sc. ad commutationem.* Hæc Thomas. Ex quibus nunc paret, eum numerare commutationes involuntarias xi. Voluntarias autem ix. Verùm & multæ aliæ dantur, ut rectè monet Valentia *disp. 5. q. 5. punct. 2.* & nimis generalia, quin universalissima sunt hæc à Philosopho tradita de commutationibus capita. Qualia non tantum iisdem ferè verbis proponuntur præcipuè in principalibus libris Digestorum, sed & exemplis ex variis actionum moralium generibus adductis, (quod maximæ prudentiæ est quæ activa, adeóque circa singularia occupata *6. Eth. 8. add. 5. Eth. 13. & ult.*) & ratione circumstantiarum sæpe immensium variationibus, continuâ decertatione rationum in utramque partem contradictionis facientium determinata sunt adamussim plurimis libris. Prudentia namque cùm circa res agendas versetur, habet regulas universales tam morales quàm civiles, juxta quas & vitam traducere privatim, & publicè civilia tractare opus est. Considerat tamen particularia, in quibus scil. actiones exercet, quoniam omnis actio in particularibus consistit. Neq; tamen in regulis tantummodo est universale (quod consideratur & dicitur) & particulare (quod efficitur & agitur) sed in rebus quoque ipsis utraque conspiciuntur. Exempla plurima & elegantia suppeditant præ reliquis *l. 31. depos. l. 16. de pœn.* alia de commutatione voluntaria depositi, alia de involuntaria. Cæterum involuntariæ commutationes

Margin notes (left column): Comm. quid? — Est de commu. tat. voluntari, & invol.

Margin note (right column): Docentur hæc omnium optimè in libris noris Justin.

nes ratione patientis ita dictæ, Nostris sunt *delicta*, quando quis convitia, verbera, mortem aut aliud quoddam damnum invitus patitur. Voluntariæ verò conventiones ICtis sunt *Contractus*, & duobus vel pluribus consentientibus perficiuntur.

Salariũ just. comm.

Et salaria constituit) Verum cum in salarii constitutione, quæ fit Medicis, Magistris studiorum, Professoribus, militibus &c. reverà sit compensatio atque proportio rei ad rem, seu salarii ad operas, isthæc non distributivæ sed commutativæ esse justitiæ exempla rectissimè docet Dn. Horneius *d. l. 3. cap. 13. n. 11. & c. 12. n. 13. &* ante eum Molina *d. tract. 1. disp. 12. Quare*, inquiens, *ex justitia commutativa debet Respublica militibus quos ad bellum eduxit, stipendia quæ illis promisit, licet cives ejus sint. Ex eademque justitia debet judicibus & aliis ministris publicis stipendia ipsorum muneribus constituta, nec in his justitia distributiva intervenit.* Et porrò: *quo fit ut Princeps & alii ministri publici, quasi ex pacto cum Republica locatas operas suas habeant.* Accedit, quod & textus ab ipsomet Autore citati, ut: *l. 4. de decret. ab ordin. fac. l. 1. & 4. de var. & extr. cognit.* salarii mentionem facientes, id convincant. Quamvis enim salarium propriè non sit merces, tamen in illis factis quæ concernunt utilitatem publicam (ut est publicè vel privatim literas docere) est nihil aliud quam compensatio operæ, unde etiam actio pro salario extraordinaria competit, licet nihil aut in genere, vel incertum quid sit promissum, *arg. l. 1. in pr. & l. 10. de extr. cognit. l. 13. §. 9. C. de Medic.* ut suo loco *ad tit. mandati* dicemus. Neque verò his contrariatur, quando tribuit Respublica quid parti, munus id esse justitiæ distributivæ. Quia quamvis justitia commutativa præcipuè obtineat inter privatos h. e. inter partes Republic. inter se, potest tamen illa etiam intercedere inter communitatem & partem ejus, ratione commutationum, ut si Respublica à privato quid emat vel alio modo contrahat, *arg. l. civitas. de Reb. credit.* Imò aliquando Respublica suis civibus aliquid concedit ubi nihil justitiæ intervenit, ut quando ex gratitudine & honestate saltem morali aliquid in præmium suis civibus rependit, quod gratitudinis est ac liberalitatis, non secus ac si idem Respublica in peregrinum de se bene meritum conferret. Eleg. Molina *d. disp. 12.*

Exempla just. distrib.

Sed idoneis industriisque, Falluntur enim qui hodie distributivæ justitiæ in honoribus non putant esse usum, neque exempla ejusdem in jure Cæsareo consistere, quos inter, referente Matthia Stephani *in tract. meth. de art. jur. cap. 6.* est Cephal. *in tract. de origin. contr. in prin.* & Gribald. *in Repet. l. unum, si certum petat.* Sanè eo pertinent *certi gradus honorum & officiorum atque personarum*, in quibus gerendis, non promiscua facultas sed ordo certus adhibetur, *l. 14. §. 1. de muner. & hon.* Soli idonei promoventur ad magistratum, *arg. Novell. 82. pr.* ad munus Ecclesiasticum *c. nullus 2. cum seq. dist. 24.* iisdem tutelæ committuntur, *l. 24. de tutor. vel curat. dat.* Distributio enim *munerum publicorum nec* ex contractu fit, nec ad quidquam compensandum, sed ideo, ut ejus quod jam ante totius est communitatis, singuli partem habeant. Eademque est ratio *onerum publicorum*, quæ quis subire tenetur nisi sit excusatus. Cui placet his addat Less. *de I. & I. l. 2. c. 32. dub. 2.* ubi dicit actionem personarum locum habere (1.) in *distributione juris*, quod facit judex dum partibus jus dicit, etsi enim jus dicere actus est commutativæ justitiæ, quatenus ex officio est debitum, tamen quatenus fit inter duos, habet modum justitiæ distributivæ, jus enim suo modo est bonum commune, distribuendum partibus, si itaque judex respiciat personas, præter causæ merita, committit vitium acceptionis personarum (2) in collatione *beneficiorum*, electione, præsentatione, (3.) in conferendis *officiis* secularibus, Consulis, Prætoris, Consiliarii: hæc enim sunt bona quædam communia Reipublicæ, quorum distributio ad Principem pertinet. (4) in oneribus distribuendis, (5) quodammodo in exhibendo *honore* (reverentia.) Vid. *l. 5. de muner. & hon. l. 1. C. de muner. patrimon. l. 1. 42. quemadm. civ. muner. l. 10. l. 43. 44. 46. 47. 48. 50. 51. 52. 55.* Ita lex 12. Tabb. similes similibus copulabat, Patricios sc. Patriciis, plebeios plebeis, servos servis, conjugia verò Patriciorum cum plebeis vetabat. Quæ lex hodienum apud Principes, nobiles & optimatum familias, utpote & dignitatum & opum conservatrix, in usu est. Imò & ad Jurisprudentiam spectat, ipsum etiam *jus militare*, puta si agatur de belli inferendi solennitate, fœderis faciendi nexu, signo dato, egressione in hostem, vel pugna commissione, item signo dato, receptione, de flagitii militaris disciplina, si locus deseratur (hoc est si ex publico bello quis aufugiat, qui jure civili capite punitur, *l. omne. §. qui in acie. de re militari* sec. CC. est infamis *c. infames 6. q. 1.*) item de stipendiorum modo (secundum priorem locum & majus meritum) faciendo *c. vulnerana ibi: prout cujusque locum 12. q. 2.* dignitatum gradu, præmiorum honore, veluti cum corona (majus munus) vel torques (minus munus) donatur, item prædæ decisione & pro personarum qualitatibus, & laboribus justâ divisione ac Principis portione, prout habet elegantiss. textus *in c. jus militare, dist. 1.* Atque hodienum & in Germania prædictum ordinem in Reipub. muneribus atque aliis subeundis observari, ex I. Publico & Recessib. Imperii facilè apparet.

In honoribus.

In oneribus & muneribus public.

Pœnarũ inflictio est just. commut.

Pœnas nocentibus pro cujusque merito irrogat: nec unquam certius &c.) Ad objecta justitiæ particularis ceu supra diximus, pertinet Quæstio *An delicta & irrogatio pœnarum pertineant ad justitiam commutativam, an verò ad distributivam?* Posterius affirmat A. hic cum Dd. communiter. Prius verò *Arist. 5. Ethic. 5. aliàs 7.* Thomas, Acciajolus, Scotus & Arnisæus, quos D. Hornejus sequitur *d. l. 3. Eth. c. 16.* ubi plusculos Autoris hac in re errores, satis eruditè refellit. Enimverò solidissimæ sunt IV. illæ rationes, quibus ostendit pœnas propriè non posse distribui, & IV. aliæ, quod in eis non obtineat proportio Geometrica *n. 13. c. 14.* nec non huic sententiæ subjectæ III. observationes *n. 16.* Neque tamen solùm ex Aristot. *d. 5. Ethic. 5.* constat delicta esse contractus (sc. invitos) & eorundem emendationem pertinere ad justitiam commutativam. *Dum restat*, ait, *justum quod fit in emendandis commerciis, tam iis quæ suâ sponte faciunt homines, quam iis, quæ invitis iis efficiuntur.* Jung. Thom. *d. 2. 2. q. 61. art. 3.* Sed & textibus Juris id satis evidenter convinci potest. Sic enim (1) *in l. 20. de judic.* omne factum, unde quis obligatur, pro contractu habetur. Delictum verò est tale factum, quia exinde & obligatio & actio personalis descendit, *l. 25. §. 1. de O. & A.* (2) Quæcunque pertinent ad emendationem hominum, illa utique sunt justitiæ, comm. quia hujus objectum est ἐπανόρθωσις τῶν συναλλαγμάτων. At pœnæ in emendationem hominum constituuntur. *l. 20. de Pœn.* (3) Expressius delictum vocatur contractus *in l. 52. de re judic.* ubi actio rerum amotarum dicitur descendere ex malè contractu & delicto: facit *l. 1. de ll.* & locus quem ex Ephesio citat Hugo Grot. *l. 2. c. 20. n. 2. in fin. de I. P. & B.* (4) Porrò si delicta pœnarumque inflictio, pertinerent ad justitiam Distributivam, tum falsum foret principium juris, pœnas debere sequi suos autores *l. 22. C. de Pœn.* neque puniendos eos qui non delinquerunt, ut sunt liberi & hæredes noxiorum, *l. 26. ff. eod.* Nam si distribuerentur,

Probat. ex legib.

rentur, singulis & pluribus in civitate non quâ delinquerunt, sed quatenus pars sunt totius, & illis à communitate hactenus debentur, pœnæ forent irrogandæ. At prædicta principia falsitatis arguere & per sueri absurdum, & Autor ipse non admittit. Pœnæ autem propterea suos auctores, id est, delinquentes sequuntur, quod ad pœnam sint ex *merito* obligati. Meritum autem quid personale est; quippe ex voluntate ortum habens, quâ nihil est magis nobis proprium, & *αντέξιον* vocatur, ceu eleganter ait Grotius *d.tr.1.c.2.nu.12.in fin.* (5) Denique eo pertinent textus juris perspicui, quibus dicitur, quod pœna debeat esse levis aut gravior, prout delictum leve vel grave est *l.11.41.de Pœn.l.22.vers.nec ulterius progrediatur C.eod.Authent. omnes ibi: ut in eo puniantur in quo deliquerunt, aliàs prout culpa qualitas exegerit puniendi. C.Comm. de Succeß.l.1.§.10.ibi: & pro eo mode.ff de offic.Praef.Urb.l.31. ad L.Corn.de falsf.c.5.de pœn.in 6.* item quod Personæ dignitas in delictis non attendatur *l.1. C. ubi Sen. vel Clariss. l.1.§.7.ad leg.Cornel.de Sicar.l.Presbyteri.C.de Episc.& Cler.* Rationes quibus Autor in contrarium movetur, hæ sunt (1) quod lex in genere & in abstracto, sine *προσωποληψία* pœnam constituat, (2) quod Magistratus executor Legis, puniat delictum secundum proportionem Geometricam, (3) quoties de jure aliquo publico personis attribuendis agitur, toties recurratur ad analogiam Geometricam in justitia administranda, (4) quod lex perpendat & examinet, quid congruat personæ, tam ejus qui deliquit, quam ejus in quem commissum est, *l.16.§.3.l.9.§ 11.& seq. de pœn. l.6.ad leg.Jul.pec.* & (5) quod dignitates, Status, consilia, dicta atque facta inæqualia sint, indeque natum illud: duo cum faciunt idem, non est idem, eademque ratione in eodem delicti genere gravius puniatur servus quàm liber, plebeius, quàm egregius, adultus, quàm minor &c. item quod gravius puniatur is, qui sæpè, consultò peccavit, quàm qui ignotanter, & rarò, per lasciviam aut ebrietatem, qui Magistratum aut patrem violat, quàm qui extraneum. Verum non deest, quod commodè singulis reponatur. Ad (1) respondetur, quod nulla lex ita generaliter loqui possit, ut qualitates delicti essentiales non distinguat. Vide *l.5.§.ult.& l.11.§.2.de pœn.* (2) Neque potest aliter Magistratus punire, quàm lex præscripsit, qui à pœnam legis tollere aut mitigare nequit, per text. quos hoc nomine *infr.in fin.t.de Pœn.* Autor adducit. Ad (3) dicendum, illud verum quidem esse, sed non nisi de rebus communibus, quando quid distribuitur, non ad quicquam compensandum, sed ideò, ut quod jam ante totius est communitatis, singuli partem habeant, fec. Aristot.& Thom. *d.l.* at verò tale commune quid pœnæ non sunt. Circa (4) plura distinguenda sunt. Primò personæ qualitas in justitia dupliciter consideratur 1. per se & simpliciter, ut sc. per argumentum *persona augetur* proportio ad alium. 2. quaten. illa aggravat delictum vel elevat, sc. qua augetur vel minuitur quantitas damni, per æqualitatem pœnæ resarciendi, quodque est personam considerare per accidens. Illud fit in justitia distributiva, hoc in commutativa. Dominic. Sot.*d.l.q.5.art.2.* Quod enim qualitas personæ delinquentis, aut damnum passi spectetur, id per consequentiam duntaxat evenit, non quod hoc primò & per se æstimetur, primò enim & per se spectatur culpa, ac æqualitas inter culpam, (meritum, factum, delictum) & pœnam, *Grot. d.l.c.20.n.2.* Deinde personarum respectum in delictis respuit non solum Aristot. 5. *Ethic.4. Nihil refert, an quis probus vir malum, an malus probum suo privarit. neque probus an improbus adulterium commiserit, sed solam nocumenti differentiam lex spectat, perindeque personis utitur ac si æquales sint, si ille injuria afficiat, hic afficiatur, hic lædat, ille lædatur.* Sed etiam legibus præcipitur, in judiciis non esse habendum respectum personarum, *c.in judicus. de R.I.in 6.* ac pœnas imponi debere sine delectu personarum, *arg. c.ex quo.§.1.de stat.monach.* Tertiò ludit Autor in vocabulo personæ, quod in justitia distributiva & rebus communibus dividendis significat dignitatem, (meritum, locum, principalitatem in civitate,) hîc verò non item, sed denotat qualitatem personæ, ad delictum dijudicandum quid facientem. Quartò & apertis textibus probari potest, nec jus Cæsareum aliter considerare personæ qualitatem in legibus oppositis, nisi quatenus majus vel minus faciunt delictum, seu quatenus sunt qualitates delicti substantiam ingredientes, & ut exinde delictum distinguendum est, deque pœnâ judicandum, *arg.l.16.§.2.& sequen. de pœn.* Sic enim Presbyterum falsum testimonium dicentes magis peccant, quam Clerici hoc committentes, *l.8.C.de Episc.& Cler.* quod illis plus honoris, quàm his sit delatum *d.l.8.* h.e. propter personæ, quam sustinent, qualitatem. Ita judex negligens in terminanda causa, siquidem fit de majoribus, durius punitur, si de minoribus, minus, quia hâc ratione magis vel minus peccavit, *l.11.§.5.in autem.C.de judic.* Jung. *c.homo Christianus.dist.40.c.cum quidam.de jurejur.* Denique ad V. respondeti potest (1) quod circumstantiæ illæ quo ingenio, statu, consilio, an ex proæresi, ignorantes, per ebrietatem &c. fecerint, considerandæ quidem omnino sint in delictis, sed non aliter quàm quâ sunt qualitates delicti illud aggravantes vel elevantes, non quâ personæ sunt qualitates per se ratione dignitatis, sed respectu solius delicti *d.l.16.§.1.& sequ.l.5.§.ult.l.11.§.pen.de pœn.* (2) Aliquandò diversitas pœnæ in plebeio & egregio sive nobili est, aliquando esse videtur. Idque contingit dupliciter, primò ob *qualitatem* delicti *verè* diversam, secundò ob pœnæ *quantitatem*, diversam *apparenter* & nominaliter. Primò casu, vel ex proposito peccatum est, vel ex imbecillitate, & hoc vel certò constat, vel non, *arg.l.28.§.fin.de pœn.mult.l.5.§.6.de re milit.* Si utrumque ex proposito commisisse constat, egregius gravius punitur, exemplo presbyteri *in d.l.8.C.de Episc.& Cler.* militis *in l.4.§.2.de re militari l.14.de pœn.* judicis *d.l.11.§.fin.autem.C.de judic.* Ratio est, non respectus personæ per se & principaliter, sed gravitas delicti & quatenus egregia hic persona gravius peccat, quàm plebeia, ceu ipsemet Autor fatetur *ibi: nam cui plura committuntur &c.* Si verò certum est utrumque peccasse ex imbecillitate, tum gravius punitur plebeius quàm egregius. Idemque obtinet quando non constat utrum delictum ex proposito sit, an ex imbecillitate. Tantum de primò. Altero casu egregia persona sæpe videtur in speciem mitius puniri, cum tamen pœnæ quantitate invicem non differant. Cujusmodi exemplum est in pœnâ presbyteri falsum testimonium dicentis, *in Authent. presbyter.C.de Ep.& Cler.* Atque juxta hæc recollecta etiam intelligo, quod in eodem delicti genere gravius puniantur servi quam liberi *l.10.in princ.& l.25.§.fin.de pœn.* (quod de delictis publicis, & pœnis quæ in servum cadere possunt intelligendum est, *per l.12.§.4.de accus.l.1.C.eod.l.pen.si ex noxali caus.agat*) famosi, quàm integræ famæ rei *l.28.§.fin. de pœn.* minùs altiores h.e. honestiores, quàm humiliores (seu fordidiores *l.6.pr.ibi: honestiore loco l.4.§.1.de incend.ruin.naufrag.l.3.§.5.ad leg. Corn.de Sicar. l.ult. de sepulch. violat.* item quod alii aliter puniuntur, pro ratione graduum aut anteactæ vitæ *l.5.§.6.ibi constare non pot.argum.tamen de re militar.* Ratio est, tum quod in omnibus causis ex personæ conditione & rerum qualitate (ut scil. illæ sunt circumstantiæ delicti *arg.sæpè d.l.16.§.1.& seq.l.11.§.f.de pœn.*) pœnæ sint æstiman-

Respondetur Wes. Dissentienti.

æstimandæ, ne durior aut remissior constituatur quam causa postulat, secund. Paul. *in d. l. 4. §. 1. de incend. ruin. naufrag. & Marcian. in l. 11. de pæn.* sed ut pœna culpam exæquet, & quod ex qualitate personæ offensæ ac offendentis culpa accrescat, aut decrescat, ut ait Molina *d. tr. 1. disp. 13.* tum quod, ut supra diximus, pœna apparenter saltem gravior vel levior videatur, quantitate autem par sit, nec diversa. Add. pro hac sententia quoque disputantem Dn. D. Musæum *de æqualitate in justit. part. observanda. §. 36. & seqq.* Dissentiunt Dd. diversimodè Prosp. Farinac. *quæst. crim. l. 3. q. 98.* variè inter delicta distinguit. Aliter Dn. Benedict. Carpzov. *in pr. crim. p. 3. q. 48. nu. 41.* admittens distinctionem & respectum personarum in pœnis arbitrariis, & uniformibus, non verò in delictis certam pœnam statuto vel lege habentibus. Quod novissimè sequi videtur Dn. Godofr. Fibigius *in Coll. leg. publ. ad D. Franzkii Exerc. disp. 1. qu. 5.* Aliter Baechovius *in comment. ad prim. part. digest. t. de Justitia nu. 3. & 4. & in not. ad Autor. h.* pœnas infligi proportione mixta, s. harmonicâ: Aliter adhuc Dd. communiter, pœnarum irrogationem simpliciter ad justitiam distributivam referentes, ut initiò meminimus. Samuel Pufendorff *Elem. jurispr. univ. l. 1. d. 17. n. 4.* censet justitiam quæ in imponendis pœnis versatur, cum neutra specie particularis justitiæ exactè quadrare, ideoque eam spectare ad peculiarem justitiæ speciem (vid. supra N. 11.) quæ Vindicativa vocetur: Cumque hoc ferè convenit Dn. Samuelis Rachelii quondam Helmstadiensis, nunc novæ Kiloniens. Prof. sententia *disp. de pæn. th. 35. & seqq.* scilicet aliud esse satisfactionem ratione luendæ ἀνισότητος (inæqualitatis) & παρανομίας incongruentiæ cum lege. Ad illam delinquentem obligari vi justitiæ commutativæ seu correctricis: ad hanc vi justitiæ universalis, quatenus utilitas publica, modò ex hoc vel alia circumstantia, nunc pœnæ exasperationem, nunc mitigationem, imò gratiosam remissionem suadebat. Cæterum huc ipsum cum Autoris nostri sententia congruere videtur. Neque parva in his omnib. difficultas nata est ex usu terminorum *proportionis arithmeticæ & geometricæ.* quæ non uno modo, omnibus exponuntur, nec ipsis Mathematicis, unde tamen profectæ. Nos ejus difficultatis evitandæ causâ illarum mentionem nullam hîc fecimus, de quibus quidem nec leges Cæsareæ quicquam meminerunt. Cum tamen quæstio hæc ad diversas justitiæ species revocetur, & revera alia sit æqualitas κατ' ἀριθμὸν alia κατ' ἀναλογίαν, disputantib. licet de legib. Romanis, illa nullo modo est prætermittenda; quod jura ejusmodi, ea quæ legi & justitiæ communia sunt, nequaquam possint evertere. Quamvis interim & hoc negari nequeat, differentiam specierum justitiæ esse æstimandas saltim ex diversitate debiti, sec. dicta *ad n. 11.* & non quoque ex diversitate proportionum, quæ, ut memini, & controversias pariuntur, & applicari non possunt nisi per translationem, definitionesque domi suæ sic satis intricatas.

Referuntur dissentientes.

N. XII. *Præmiorum pœnarum)* Verum, an pœnæ h. in & *infr. vers. materialit. vers. finis* rectè referantur ad distributivam, constat ex modo dictis. Neque præmiorum & pœnarum eadem ratio est (ut opinatur Bacch. *in πρῶτ. h. p. 13.*) cum hæ non sint quidpiam commune, neque totius civitatis, indeque distributionem, si accuratè & sanè loqui velimus, non admittant, per *not. supr. ad n. 11. v. porrò in civili impr.* Adde int. rationes, quibus in commutationibus quà voluntariis, quà involuntariis non tribui quid alicui pro dignitate, ostendit Dn. Hornei. *l. 3. c. 13. n. 5.*

Diversitas præm. pœn.

Item lex talionis moralis.) Videtur velle, quod talio hîc locum habeat. Verum talio ad justitiam distributivam de qua hîc agit Autor, planè non quadrat. Fit enim tum, cum quis id vicissim patitur, quod alteri fecit. E. Minor exinde constat, quia si e. g. de præmiis quæstio sit 1. certum est eum non pati, qui hæc accipit. 2. non propterea capit, quod idem alteri ante dederit; neque enim hîc tantum de bono communi quis accipit, quantum contulit, sed quoad meruit, ideoque licet nihil ad commune bonum contulerit, tamen rem dividendam participabit. Adde Mol. *d. tr. 1. disp. 13.* Neque obst. *c. 1. dist. 1. & l. 1. quod quisque jur. in al.* nam ibi regula continetur & principium juris naturalis, quod propter identitatem talioni quidem simillimum, ratione proportionis, sed rectius ad justitiam refertur commutativam. Add. *notat. infr. n. 1. verb. cognata.*

Talio non est justit. distrib.

N. XIII. *Bona privata.* Aristoteles (à quo solùm hæc haurienda) & Græci interp. συναλλάγματα vocant *d. 5. Ethic. 2. inf.* Latinis dicuntur commutationes, commercia, contractus in latissima significatione, *arg. l. 52. de re judic. & l. 20. de judic.* permutationes *arg. l. 1. de contr. empt. Commercia,* h. e. rerum in societate humana necessariarum vel utilium ex conventione communicationes vel usus. Neque tantùm significant ipsas conventiones, contractus, & facta quibus jus ad rem acquiritur, verùm & in genere res omnes in quibus quid juris, alio quam publico nomine habemus. Atque propterea etiam ad justitiam commutativam (sive ἐπανορθωτικὴν h. e. emendativam) pertinent, & ex συναλλάγματος est (latissimâ vocis significatione) quod *possessor rei meæ eam mihi reddere* teneatur. Jus enim Domini quod in ea habeo, non nisi ex synallagmate sive commercio acquisivi, quod deinceps rem ita devincit, ut eam possim petere à quovis possessore, *arg. §. 4. Inst. de rer. d. & l. 9. & 29. de rei vindic.* Jung. Eheinium *d. tr. l. 5. c. 2.*

Συναλλ. quæ.

Cognata lex talionis.) Talio est cum quis taliter patitur ut alteri fecit. Græci dicunt τὸ ἀντιπεπονθὸς, quod contra passum vulgò interpretantur h. e. similem perpessionem. Vid. Aristot. *5. Eth. 5.* Aliàs dicitur similitudo supplicii s. pœnæ. *l. fin. C. de Accus. arg. l. ul. C. de Calumn.* Est autem talio vel *simplex seu Nuda,* vel *proportionata* sive *proportionalis.* Illa cum quis idem numero sive specie recipit (simpliciter & absolutè) quod facit aut dat alteri. Hæc cum redditur idem genere h. e. non quod simpliciter, sed ratione æstimationis tale est. Approbata erat talio olim, non solum legibus XII. tabb. teste Justin. *in §. 7. Inst. de inj.* Gellio *l. 20. c. 1.* sed & sacris literis *Exod. 21. 23. Deut. 19. ult.* Prima in neutra justitia neque distributiva, neque commutativa locum sibi vindicat. Altera verò in commutativa tantùm obtinet, per quam res quæ permutantur inter se adæquantur, verum diversimodè. In commutationibus voluntariis, *res cum re* adæquatur, & ad invicem æstimatur, ut merx & pretium in emptione, venditione, pensio & usus rei locatæ in locatione cond. res ad rem in mutuo & permutatione aliisque contractibus dandi, factum ad factum in illis quæ sunt faciendi &c. Vid. Thom. *d. 2. 2. q. 62. art. 1. in concl. 1.* In delictis verò eorumque correctione est adæquatio *delicti sive meriti & pœnæ.* Est enim pœnæ modus, ut ait Cicero *epistol. 15. ad Brut.* sicut *rerum reliquarum, & quædam mediocritas,* & pœnam æstimationis nomine eleganter appellat Papinianus *in l. 41. de pæn.* Hæcque talio in omni est, certe esse debet, pœnæ irrogatione, etiam tum, quando ea in hoc vel illo delinquente interdum major vel minor est. Nam & tunc simplex subest (non harmonica) qualis in numeris, æqualitas, meriti ad pœnam, sicut in emptione venditione mercis ad nummos, licet merx eadem alibi plus, alibi minus valeat, ut & nummi. Atque hinc patet, cum passio in re morali violentiam quandam importet, talionem tunc magis propriè dici, quando quis involuntariè quidpiam sustinet,

Talio quid & quotuplex.

In cōtr.

In delict.

stinet, & quando detrimentum invitus recipit in propria persona aut in re alia ad se pertinente, ubi propriè est τὸ ἀντιπεπονθός, quamvis Aristot. extenso vocabulo & in voluntariis commutationibus utatur, Molin. *d. disp.* 15. Redditur autem in irrogatione pœnæ idem genere, sive æstimatione dupliciter (1) quando id non est planè idem cum illo, quod delinquens alteri fecit, ut si fur pendat quadruplum, qui convitium dicit, solvat pœnam pecuniariam, parti vel fisco, secund. §. 10. *Instit. de injur.* relegetur, & sic deinceps. (2) quando planè idem redditur delinquenti, quod alteri fecit, ut quando in pœnâ homicidii redditur anima pro anima, quod vita hominis, quam quis peremit, æstimetur ad vitam occisoris. Conf. Dn. Hornei. *d. l. 3. Ethic. c. 13. n. 22. & 23.*

Finis juris secundum alios diversus.

Atque hac quidem de justitia.) Remisimus huc tractare de fine juris, quod explicata prius natura justitiæ longe facilius sit de eo statuere. Hunc igitur alii gubernationem Reip. faciunt *arg. §. 7. proœm. Inst.* Quidam salutem populi, juxta illud: salus populi suprema lex esto. Bacchovius administrationem justitiæ: Wesenbecius *supr. nu.* 2. æqualitatis conservationem, pro quo & facere videtur locus Cicer. 1. *de orat.* *Juris civilis*, inquientis, *nullum aliud propositum est, quam legitima atque usitata in rebus causisque civium æqualitatis conservatio; neque enim legitima æqualitatis conservatio aliud quiddam est, quàm justitia, ad quam omnis legum disciplina dirigitur, justitia enim æqualitate quadam cernitur, tum arithmeticâ, at æqualitas est legitima, legitimum autem omne justum.* Et illud Antonii apud eundem: *JCtus est qui legum & consuetudinis eius, qua privati in civitate utuntur & ad agendum & ad cavendum & ad respondendum peritus.* Accedit quod justitiæ ut virtutis actus, non sit nisi spontaneus, illi autem qui non parent sententiæ, in jure cogantur, rei item postulati ultimo supplicio in viti afficiantur, *arg. l. 9. § fin. ad l. Jul. pec. 2. 1. ff. & C. de jurisd. & de re judic. & de execut. r. si quis jus dic. non obtem. & pass.* Plerique justitiam dicunt esse finem, sed tantùm particularem, quod hæc in legibus definiatur, quos novissimè sequitur Zoesius *in comm. h. t.* Contra pro universali justitia non parum militat I. quod hæc in objectum (actiones civium quibus leges præscriptæ) introducatur, prima sit in intentione, & ultima in executione. ICti enim *bonos* facere & in hoc Philosophiam veram affectare dicuntur Ulpiano *l. 1. §. 1. h. t.* neque aliter tamen quam metu pœnarum & præmiorum exhortatione *d. l.* Nam sufficit, & his, quæ uniuscujusque legislatoris est voluntas, ut cives assuefaciendo & per consuetudinem fiant boni, atque ex habitu virtutis operentur, 2. *Ethic.* 1. 10. *Ethic.* 10. 2. *Polit.* 4. pœnæ licet formidine & licità magistratus coactione comparato. Qua ratione leges dicuntur virtutes in civibus efficere seu ea legitima quæ legibus ad publicam institutionem sancita sunt esse effectricia virtutum 5. *Ethic.* 5. II. Ex præceptis juris *in §. pen. I. h. l.* 10. §. 1. *ff. eod.* primum τὸ honestè vivere multò latius patet quàm quæ particularis sunt justitiæ, teste Hugone Grono *in flor. sparſ. ad l.* 10. quod & Bened. Ægid. *de jur. & privileg. honest. c. 1. n. 4.* rectè dicit pertinere non ad vitam contemplativam sed activam, quam moribus astruere curarint veteres juris civilis conditores. III. Justitia universalis finis est Majestatis & prudentiæ Legislatoriæ, in juribus condendis, quæ hoc vult ut cives bene vivant, & honestatem aliquam participent secundùm omnes virtutes, 2. *Pol. ult* 7. *Pol.* 14. *Plat.* 1. *de legib.* saltim per coactionem & imperium, quæ vis tamen & coactio legitima est *d. 2. Pol.* 4. E. idem finis erit Jurisprudentiæ Dicasticæ in iisdem condituis, vicario Majestatis, magistratui quidem in exequendis, ICto autem in iisdem interpretandis, cui & disertè hoc tribuit *l. 1. §. 1. h.* quod bonos efficere enpiat metu pœnarum, licitum ab illicitum separando, justum ab injusto secernendo. Qui autem vult *bonos* efficere is non modò justos facere intendit, sec. justitiam particularem, ubi de fortunæ bonis suum cuique tribuendum, sed & tales vult esse, qui vivant juxta omnes virtutes, *dd. text. ex Aristot. & Plat. citatis*, assuefaciendo boni efficiantur, participent de omnibus virtutibus moralibus, quantum opus est, 2. *Pol.* 4. 6. *ult.* Quomodo rectè Lud. Mol. *de l. & l. d.* 46. ad Legislatores Reiump. inquiens, pertinet non eas solum condere leges quæ ad justitiam virtutem cardinalem, spectant, sed & ad eas quæ ad alias virtutes, ut ad fortitudinem, temperantiam, cultum ve Dei, atque ejusmodi similes attinent. Vide Ehein. *d. tr. lib. 5. c. 7.* IV. Quia leges quidem præcipuè hoc agunt ut suum cuique tribuatur, quod particularis tantum justitiæ: eo que totus ferè tractatus juris in re atque contractuum & delictorum pertinet: Attamen & hoc præterea volunt, ut honestè vivatur; quia leges civiles bonos cives efficiunt non modò civiliter sed & moraliter, pro conditione humana. Quomodo ICtum *in sæpe d. l. 1. §. 1. h.* eleganter exponit Franciscus Suarezius *de legib. & legisl. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 5. & 6. Rectè itaque Albertus Bologuetus *tr. de leg. jur. & æquit. & c. 8. n. 2. & seqq.* si leges, ait, omnes in genere spectemus, finis Jurisprudentiæ est justitia universalis. Ostendunt hoc jura personarum, inter maritum & uxorem atque alia bene multa, quæ propriæ non sunt ex justitia, neque correctoriâ neque distributiva, sed ex aliis virtutibus, lege tamen sub inde imperata atque determinata, actionibus etiam eo nomine præstituuis, ut monuimus *supr. ad n.* 10. *verb. jus suum.* & latissimè præter justit. particularem per plurima virtutum vitiorumque exempla ex legibus Cæsareis & Imperii Recessibus persecuti sumus *discurs. de delict. c.* 6. *n.* 25. & *mult. seqq.* Nam tantùm non singulæ virtutes, de quibus Philosophus moralis agit, hic legibus imperatæ vitiisque contrariis frena injecta habentur. Sive spectes virtutes morales præter justitiam reliquas, fortitudinem, temperantiam, liberalitatem, magnificentiam, modestiam, magnanimitatem, mansuetudinem, humanitatem, veracitatem, urbanitatem: sive semivirtutes consideres continentiam, tolerantiam, virtutem heroicam, nec non virtutibus conjunctas, amicitiam & voluptatem. Ubi verò notandum, etiamsi de quibusdam virtutibus moralibus parum meminisse leges videantur, quod tamen hoc inde factum, vel quia istæ imperectæ sunt quoque virtutes, vel cetè haud necessariæ ad finem legislatoris, commune bonum obtinendum. Atque sic etiam de præcipuis virtutibus agere videtur *Arist.* 5. *Ethic.* 2. quod istæ ordinariè ad bonum regimen in Rep. sint sufficientes. Etsi enim moralis facultatis atque politicæ utium idemque sit subjectum, nimirum homo virtutibus imbuendus, diversus tamen utrique est considerandi modus: alter quæcunq. tradit præcepta, ad eum ipsum refert, quem instruit, alter verò ad commune bonum omnia redigit: Quod etiam Legislatores ac JCtos facere longè certissimum est. Neque his officiunt ea, quæ iamiò memoravimus. Spem facit Justinianus juris cultoribus Reip. gubernandæ in partibus ipsis credendis, *in f. proœm. Inst.* sed sermo hic est de fine proprio. Gubernatio talis finis non est, sed operatio ad finem alium: Licet enim JCtus, vel beneficio prudentiæ judiciariæ, præsit aliquando Reip. administrandæ, tamen hic ei non est scopus ultimus in quo acquiescat, sed ut legibus Reip. congruenter vivatur. Neque salus publica hic finis est, sed finis effectus, quia justitiam sequitur tanquam effectus causam. Bacchovio *supr.* respondimus *n.* 2. Modò id addi potest, quod administratio

Rectius dicatur just. & universalis.

1.

2.

3.

4.

Resp. ad contraria.

nistratio justitiæ ad JCtum quâ talem propriè non pertineat, sed ad eam prudentiæ juris partem, quæ in magistratu aut judicio est. Unde boni magistratus, boni justitiarii dicuntur, c. *ex literis de pign.* quod justitiam bene administrent. Atque in judicio frequens est clausula libellis aliisve scriptis judicialibus adjici solita: *peto mihi jus & justitiam administrari*; quâ justitiæque administrationem magistratui & judici tribuunt ipsi litigantes, hisque assistentes ipsi ICti, causarum patroni. Wesenbecii rationem de conservanda æqualitate in actionibus hominum & sanitate politiarum perinde ut in corpore humano, per Medicinam, supra removimus *d. n.2.* Ciceroni qui finis, longè non est sufficiens legibus interpretandis, quæ præter ea quæ justitiæ sunt & plurima alia continent virtutum præcepta, imponentia civibus secundum omnes leges vivere, *d. §.pen.de I. & I.* Hæ enim de omnibus virtutibus & vitiis præcipiunt, illas jubendo, hæc autem vetando, Arist. *d.5.Ethic.3.* Et Antonius *apud Ciceronem* strictius definit JCtum, solam functionem illam quæ spectat ad practicum & causas privatas, omittitque nobilissimam juris publici scientiam, quin & Jurisprudentiam Nomotheticam, JCtorum gloriæ subinvidens & inique de hac scientia judicans, ut conjectat Dn. Arnoldus Vinnius *ad §.ult.Inst.h.t.* Latissimè verò ista post hæc scripta visus exponit Dn. Henricus Ernestus *in Statera jurisprudentiæ & ICti* dignissimâ quæ ab omnibus legatur, pro dubio & errore illo quo multi imbuti sunt ex Tullii autoritate, penitus averruncando. Deinde non hoc agit JCtus ut in hoc vel illud individuum, sed in negotia civilia, h.e. in universam Remp. per exercitas crebras actiones justitia introducatur, commodâ legum ad factum applicatione. At quando secundum illam interpretationem à JCto factam fertur sententia in invitum, & non parens cogitur, reusque pœnam sustinet, tum actus is quidem adhuc Dicastices est legum prudentiæ, verum non ICti sed judicis, in eum tamen finem ut & cæteri in Rep. exemplo deterreantur atque ita juste vivant, *In vindicandis namque injuriis,* juxta Senecam *de Clem.lib.1.c.20.hæc tria lex secuta est, quæ Princeps quoque sequi debet, ut aut eum quem punit emendet, aut ut pœna etiam cæteros meliores reddat (dum sc. læsis res vel jus restituitur) aut ut sublatis malis securiores cæteri (& illi qui læsi non sunt) vivant.* Hinc in criminibus puniendis JCtus advocatus, petit à Judice, daß der Thäter mit Exemplarischer Straffe zu belegen: Judex pronunciat, daß derselbe wegen der an N.V.C. begangenen Entleibung/ ihm zu wolverdienter Straffe und andern zum abschewlichen Exempel/ mit dem Schwerd zum Tode zu richten. Denique licet *pr.I.h.& l.10.eod.* definita sit justitia particularis, non tamen obest finem juris statuere justitiam universalem. Illa enim maximè præeminens & frequentissimè circa τὰ συναλλάγματα occurrens, finis magis conspicuus est, neque tamen sufficiens, quapropter & altera addenda. Cæterum antequam ab hoc loco de justitia abeamus, addendum nunc est pro meliori nostratum legum philosophantium intellectu, quod præter Universalem justitiam & eam quam vocant τὴν ἐν μέρει *in parte*, etiam aliæ sint earum partitiones. Ita enim *in l.8.C.de legib.* fit mentio triplicis juris, recti, æqui, & stricti: *sicut l.11.de pœn.l.12.qui & à quib. manum. auth.ex complexu. C.de incest.nupt.l.1.C.de legib.l.31.depos.* Oritur autem hæc diversitas à formis justitiæ particularis diversis. Etenim (1) alia est *Recta*, ubi voluntas nullo respectu habito rectâ viâ fertur ad id quod recta ratio docet, sequens proportionem q. arithmeticam. Inde jus rectum, merum *in d.l.8.d.16.pr. de minor. d.l.31 pr.verb.ad merum jus & §.1. verb.nullo extrinsecus assumpto.* Eodem (regulare,) referri potest

Justitia alia recta, unde jus rectum.

& jus ordinarium, quia sec. communes regulas juris & injuriæ procedit, *d.l.16.* Item jus legitimum dictum Philosopho, cujus correctio est æquitas, *5.Ethic.14.* ut suum cuique tribuere, reddere mutuum, depositum, *d.l.31.* Quod ipsum tamen quoque est æquum & bonum, *d.l.31.§.1.verb.hæc est bona fides.* (2) alia *Restricta*, cum odio mali rem strictissimè tractamus, unde jus strictum, (restrictum, durum, prædurum, rigorosum, enge/ strenge/ strackes Recht) *d.l.12.d.auth.d.l.11. verbo durius Vid. Budæ.in l.1.h. nu.1.* (3) alia *Benigna* (temperata, remissa, *d.l.11.de pœn.*) justitia, quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiori petitione, *d.l.31.§.1.* Naturalis, *l.1.de pact.l.13.§.7.de excus.tut.* cum voluntas amore boni incitata rem moderatissimè tractat. Unde jus benignum, humanum, summa æquitas, *d.l.31.pr.l.2.C.de resc.V.* & benigna interpretatio totius rei æquitas. §.1. jus justo seu jure (legitimo) melius, *d.5.Ethic.14.* Etiam illud quod venit ex gratia, clementia, misericordia, *l.11.de pœn.* mildes/ billiges Recht/ mildigkeit/ constitutum extra ordinem, *d.l.16.de minor.* & ratione singulari, *l.3.C.de jur. Reip.l.14.l.16.de legib.§.6. in f.d.t.n.8. &c.* Et exinde etiam justitia alia naturalis est, alia civilis, à justo, quod totuplex; *5.Eth.13.in f.1.Rhet.14.d.l.12.qui & à quib. man.l.1.de pact.* in sequenti nostra primâ & secundâ juris significatione.

Justitia restricta, unde jus strictũ.

Benigna unde jus benignum.

Justitia natur. & civ. unde justum nat. & civ.

N. XIV. *Variè quoque hoc nomen usurpatur.*) Imò accuratissimè hæc ambiguitas erat evolvenda, nam plurimum momenti situm est in illius rectâ & commodâ explicatione, adeò ut putem illum in toto jure cæcutire, qui hæc neglexerit. Sumitur autem vox *juris* præcipuè his modis (1) materialiter & latè pro *objecto justitiæ. æquitate,* æquali, seu æquò illo & bono, quod justitia in rebus constituit, *arg.l.32.de reb. cred.l.31.depos.l.15.de adilit.edict.l.2.§. fin.de oblig. & act.* quod Arist.5. *Ethic. 4.* δίκαιον vocat, opponiturque iniquo, quod injuriam involvit, & ad justitiam particularem pertinet: Scokius *de jur.natural.thes.1.n.3.* (2) iidem materialiter sed latiùs, pro *justo* sive *legitimo*, h.e. quod lege præscriptum est, legive consonat, cui adversatur injustum in illa significatione, qua is qui à lege discedit injustus dicitur, sec. Aristot. *d.5.Ethic.c.1. & 2.* Et ita accipitur jus in tit. de ignor. jur. & facti *in c.jus generale dist.1.* Vide Molin. *d.tr.1.disp.1.vers.divus Thomas & disp.2.circ.fin.* Valent. *d.disp.5.q.1.punct.1.* (3) jus subinde, neque minùs materialiter, denotat jus constitutum à magistratu alicui *reddendum*, h.e. *facultatem* alicui jure competentem. Quomodo id definiatur Molinæ, dictum est *supr.n.10.verb.jus suum.* Et ita intelligendum est jus suum in definitione justitiæ, *pr.I.h.l.10.eod.* jus in re & ad rem. Adde Valent. *d. punct. 1. & q.7. punct.2.sit.an oriatur obligatio, & etsi autem.* Less. *de I. & I.l.2.c.2.disp.2.* qui rectè observant divisionem juris in re & ad rem ex modò dicta significatione promanare. Et patet ex Suarez. *de leg.l.2.c.17.n.2.* ubi dicit jus quibusdam significare facultatem ad rem aliquam, vel in re. Ita ferè etiam dicitur jus necessitudinis, affinitatis, *sup. d.l.pen h.t.* agnationis *§.ult.inst.de legit.agnat. tutel.* cognationis *§.fin.inst.de capit.dimin. l.223. §.1. de v.s.* reservationis, deductionis, item actio hoc sensu jus vocatur, *pr.I.de action.* (4) pro actu h.e. *jussu*, sanctione, quæ justum illud præcipit: aliud enim est jus constitutum, alius id constituendi modus, & ut hic pro jure accipitur. Hinc jus aliud naturale, gentium & civile dicitur, jus Cæsareum & Pontificium, divinum & humanum. Eoque pertinet, quod *l.pen.hic* dicitur jus accipi pro jure naturali, civili, & honorario. Nam hæ tres acceptiones communem habent significationem, tametsi eas ut diversas & plures, videatur posuisse Paulus in *l.pen.* quia significatur hîc quod constitutum est

Ambiguitas voc. juris.

vel

vel à naturâ, vel à civitate, vel à prætore, hoc autem omne verbo generis, dicitur jus. Vid. Donel. 1. *Comm.* 3. & Bacchov. *in πρῶτ. tit. de jure n. 1. in pr.* Quin & hoc modo quibusdam jus dicitur, quod singulariter circa rem in individuo est constitutum, ut jus protymiseos sive retractus, jus detractionis, terortionis, jus stapulæ &c. (5) pro *jure reddito* & applicato. *l. 2. §. 13. d. O. J.* quomodò jus etiam est jus iniquum quod prætor decernit, ratione intentionis, *l. pen. h.* (6) pro *loco* in quo jus reddebatur *d. l. pen. h. l. 4. §. 1 de interrog. jur. faciend. l. 1. de in jus voc.* Dissentit ab hâc acceptione Dominic. Soto. *d. art. 1.* (7) jus sumitur pro potestate, quandò personæ quædam dicuntur esse sui juris, quædam alieni, *rubr. inst. de his quæ sunt sui vel alieni jur.* (8) pro rebus incorporalibus, *tit. I. de reb. corp. & incorp.* (9) pro titulo, quò quid acquisitum, *l. 1 ri. ibi: non est necesse ei docere de jure, quò aqua constituta est. si serv. vindicetur. l. ult. ibi: tametsi jus. de aquâ & aquâ pluviâ arcenda.* (10) Denique occasione sex priorum significationum, jus frequentissimè accipitur pro ipsa arte, quâ cognoscitur justum, seu *habitus jurisprudentiæ. rubr. inst. & ff. junct. l. 1. in pr. h. t.* Vide Autor. *h. vers. etenim cum artem.* & Bologner. *d. tr. c. 15. per tot.* Atque ex his nunc

Ejus notatio.

in proclivi est judicare, de notatione vocabuli juris quam A. habet *in pr. nu. 14.* Nonnulli id primitivum putant. Alii deductum ab illa tragicâ & miserabili voce *iù* ex quâ ipsum verbum ejulare. Sed quod ineptum. Quidam à Jove, omnis juris autore & q. patre. Alii Grammatica notatione id à juvandò derivant, quod inprimis juvet vitam humanam & societatem civilem. Sanè (1) jus acceptum in significatione pro *lege*, non incommodè derivatur à jussu sive jubendo, *arg. l. 7. de leg.* At jus quat. (2) artem vel habitum jurisprudentiæ denotat, est à justitia, Logicâ notatione, *l. 1. in princ. h. t.* quia Jurisp. est de justitia materialiter, sive justo (quod justitiæ præcepta jure contineantur, vel ut Accursius, jurisprudentia est ex justitiæ fontibus) eandem etiam pro fine habet, hæc ipsi formam dat, adeoque causa est jurisprudentiæ. Unde Imper. *in Novell.* 69. ait justitiam à causa nominatam, quod jura (i. e. quæ justa sunt & singulis competunt) singulis tribuat: ita etiam ratio additur ab Ulpian. *in l. 1. h.* quod justitiam colant JCti. Talia autem priora esse arte sive habitu, certum est. Dissentit Greg. Lopez. *lib. sing. animadv. c. 1. n. 1.* & hunc secutus Bacchov. *in prot. h. d. c. nu. 4. & in not. h.* putantes allusionem tantùm esse, quâ jus à justitiâ dicitur. Contrà (3) quat. jus significat ipsum *bonum & æquum*, justitia à jure est, simili notatione, non verò jus à justitia. Quippe æquum & bonum sive jus naturale, innatum cum sit habitu infuso, prius est justitia humanâ (quâ de hîc loquimur) quæ acquiritur per habitum actuum virtuosorum, legi consentaneorum. Cæteroquin hîc faciendum non est cum Charonda *l. 1. verisim. 1.* qui putat disputationem, an jure prior sit justitia, non utiliorem esse quàm eam quæ de ovo & gallina apud Censorinum tractatur. Nam libri JCtorum ab his minutissimis etiam sunt referti, & utilitas patet ex supradictis, apprimè enim ad singulorum intellectum & distinctionem facit. Vid. Anton. Corset. *tr. de minimis.* Andr. Ciaffi *de Gerundiis* Bapt. à S. Blasio *de Correlativ.* Valent. Forster *libr. obs successiv. art. 23. 26.*

Jus inquit &c. hoc est scientiam.) Agit hîc definitione juris, quæ duplex est, alia Ulpiani *in l. 1. h.* ubi jus per artem definitur, alia ejusdem *in l. 10.* & Justiniani *in §. 1. Inst. eod.* ubi jurisprudentiam definiunt per notitiam &

Synonimum cû jurisprudent. jus.

scientiam. Hinc duo hoc loco explicanda sunt 1. definitum 2. ipsa definitio ejusque partes. Circa definitum quæritur, *An jus & jurisprudentia invicem distinguantur, an verò synonima sint?* Posterius placet Autori & rectè, (1) ex argumento à rubrô ad nigrum, *vers. addit. autem esse in fin.* (2) quia quæ jurisprudentia dicitur in *rubr. ff. & l. h.* illa iterum jus vocatur in §. 3. *& l. 10. §. 1. eod.* eique præcepta assignantur. (3) Quia JCti promiscuè utuntur voce scientiæ & artis, §. 4. *proœm. inst. l. 2. §. 35. de O. J. l. 91. §. 3. de V. O.* pro habitu quolibet, notitia vel cognitione. E. & hic non aliter accipiuntur; præsertim cum certissimum sit veteres JCtos & in his distinguendis, & in definitionibus ipsis, non satis accuratos esse, imò sæpius unius rei plures existere definitiones, rei per se convenientes. Dissentiunt nonnulli, jus putantes denotare artem ipsam, jurisprudentiam verò ejusdem artis scientiam & cognitionem. Verùm hæc sententia menti Ulpiani *in l. 1. hic* planè videtur contraria: ipse enim cum *in pr.* definisset jus per artem æqui & boni, statim subjicit explicationem & rationem, cujus, inquiens, meritò quis nos sacerdotes appellat, *justitiam namque colimus & æqui notitiam profitemur, æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes §. 1. h. t.* cum quibus re ipsâ convenit, quum *in l. 10. eod.* jurisprudentiam dicit notitiam, justi & injusti scientiam; JCti enim notitiam æqui & boni (quæ modò jus, modò jurisprudentia vocatur) profitentur, ceu rectè animadvertit *Charondas d. c. 1. n. 2. vers. hic igitur artem.* Et tantum definito. Circa definitionem ipsam plura notanda occurrunt. I.

Prudentia quotupl. Notandum.

Prudentia vel *privata* est aliàs *monastica*, præscribens singulis ut privatæ quædam personæ sunt, vel *communis* sive relata respiciens ad alios, & hæc vel ad familiam, vel ad civitatem, quia vel familiæ, vel civitatis curam gerit, earumque commoditates utilitatesque consectatur. Illa ad corporis sustentationem & domestica negotia spectans *Oeconomica* dicitur, hæc ad mores & vitam rectè instruendam, *Prudentia civilis* seu Politica in genere, sec. Aristot. *6. Ethic. 6. Plat. in Polit. p. 190.* Considerat atque & præscribit singulis ea, quæ in bonum commune dirigi debent, ut optimè se habeat totum, cujus sunt partes. Differtque ab ea Moralis, quæ unius tantùm hominis emolumenta consectatur; ita ut hæc civis, illa civilis hominis prudentia sit. Nam civis etiam quisque in civitate degens quæ commoda sibi ipsi sunt conectat, atque id studet ut sibi soli virtutes civiles exerceat. Adde ishæc pluribus eleganter exponentem Eustratium *ad d. 6. Eth. 7. vers. atque est quidem.* Civilis prudentia (Politica in genere) iterum duplex est (1) *Nomothetica sive* Legislatoria (aliàs Regnativa & inde Architectonica) quæ leges condit, totamque Rempublicam ordinat, in Majestate residens: (2) *Politica & Civilis in specie sic dicta*, quæ est in subditis & Rempublicam administrat. Vide Molin. *d. tr. 1. disp. 1. pr.* Quod cum fiat per Magistratus & leges, hæc iterum duplex, juxta Philosophum *d. l. Deliberativa sc. & Judicialis.* Illa, aliàs βουλευτικὴ, Consultativa & Senatoria, est de consultationibus, & quid hoc vel illo tempore utile sit Reipubl.

Judiciaria dupl. est.

Hæc, aliàs Judiciaria, duas iterùm partes habet; nam versatur vel in jure reddendo & exequendo, vel in jure scriptò dextrè interpretando, atque ad singula facta in foro obvenientia cautim applicando, *l. 2. §. 5. & 13. de orig. Jur. l. 13. de leg. 1. 6. ff. & C. de sent. & exec. rei judic. 4. Pol. 4. 1. Rhet. 1.* Atque ex his quidem concludendum videtur, quod illa disciplina quam nos jus sive jurisprudentiam appellamus, ad solam judiciariam, sive judicialis prudentiæ speciem sit referenda, ceu statuit Bernh. Sutholt. *aphor. 4. diss. 1.* A quo vero nonnulli accuratiùs disputantes, divortium fecerunt. Dn. Valentinus Riemerus *dec. 1. quæst. juridic. 1.* quatuor argumentis ex fine juris universali, latitudine subjecti, legum testimonio, & ab experientia petitu, magnopere nititur ostendere, jurisprudentiam non solùm

An jurispr. ad sol. Jud. pertineat, disquiritur. Opin. Sutholte. Rimeri.

esse

esse judiciariam & consultativam, sed & architectonicam sive legum latricem. Cui videtur reponi posse, quod aliud sit, Prudentiam juris speciem esse Nomotheticæ, aliud eandem complecti multa ad alias etiam prudentias pertinentia. Prius enim exinde negandum censetur, quod Architectonica illa in sola Majestate residear. Posterius verò si concedatur, tamen non sequitur Prudentiam JCti, propriè esse Nomotheticam vel Consultativam. Ideoque fortè distinguendum fuerit, inter id quod primariò fit & per consequentiam; ita, ut JCti, quà talis, Prudentia in legum interpretatione & applicatione consistat, *d.l.*2. §.3. *&* §.13. *de O.I.* Ergo etiam is, quâ talis, legem non condat; aliud enim sit legem interpretari, aliud condere *l.*1. *C. de leg.* Neque etiam deliberet vel consultet, quid huic vel illi Reipublicæ utile sit; quia non agat de legibus noviter condendis (nisi ipsi hoc aliâ ratione specialiter mandatum) in primis ubi ejus prudentia est individualis. E. nec deliberativa ad eam pertineat, quia Aristot. *d.*5. *Ethic.*5. agat de ea, ut quis beneficio ejus consultat, de illis quæ utilia sunt vel non, Reipublicæ in genere. Neque enim omnis consultatio de legibus ex Senatoria illa promanat. Superesse itaque videtur, dicendum esse, quod jurisprudentia nostra Prudentia sit judicialis, quia pleraque, & quæ juris privati, ad judicia referri solent, transactionib. sententiisve finienda. Quod autem JCti in legib. passim juris conditores & auctores appellentur, iidemque non solùm Consiliariorum atque Cancellariorum munere fungantur, præsintque sæpe totis provinciis & ditionibus administrandis, quin & in ipsis Imperii Comitiis, novis Recessibus atque legibus condendis vel soli adhibeantur, illud fieri (1) quod & olim Principes JCtis potestatem dederint leges etiam conscribendi, q. speciali delegatione, *arg. l.*1. §.4. *C. de v.i.e. l.*2. §.47. *de orig. jur. l.* 23 *C. de proc. l.*1. *C. de comm. serv. man. l.*25. *C. de nupt. l.*3. §. *f. si pars hered. l.*39. *de contr. empt. l.*32. *de usur. l.*3. *C. de repud. l.*2. *C. de V.S. & pass.* (2) ob multijugam legum privatarum publicarumque scientiam, quam callent ipsi (exinde dicti Reichs- und Rechtsgelehrte) quæ teste Arist. in *Ethic. ult.* 4. *pol.*1. *& pass.* plurimùm prosit legibus in Rep. ministrandis. (3) per conjunctissimam huic studio prudentiam civilem: atque ita ex habitu duplicato; qui conjuncti ut fortiores sint, ita & eò majorem Reip. operam non possint non præstare. Cum enim JCti officium sit leges conditas interpretari (doctrinaliter quidem, h.e. ad principia illa reducere, ex quibus sunt conditæ, earundemque dare rationes, *l. scire de legib.*) omnino sequitur, eum qui bonus est legum interpres, existere quoque bonum legum conditorem. Accedit quod JCto, lege deficiente subinde ad rationes æquitati convenientes sit confugiendum, quo ipso legem ille reapse condat, non quidem Legislatoria potestate, attamen suâ quâ callet circa leges diffusâ prudentiâ. Enimvero, ut aliorum habituum, ita quoque juris prudentiæ ingens latitudo est, ad cujus perfectionem requiritur & solidus legum ac consuetudinum in Rep. intellectus, & exigitur ex Philosophia præcipuè practica, probè quæsita eruditio. Etsi enim cuivis non detur quavis in re scientiaque excellere, sua etiam & insignis ab omni ævo fuerit & hodienum sit, legum scientiæ laus & præstantia; tamen pro ut quis assiduè vel minus prædictis incubuerit, habitus quoque iste magis vel minus erit perfectus. Sicque accipiendum illud Riemeri: *& hodiè, inquientis, ductu hujus disciplinæ, subinde pro varietate variarum circumstantiarum, ut norunt ICti, hinc inde nova finguntur leges, earumque interpretationes, quod certè non ICtorum esse judicantium, sed Nomothetarum esse fatendum est.* Adeò enim conjunctissima sunt studia Philosophiæ Practicæ & jurisprudentiæ, ut separari non debeant, atque nostra jurisprudentia, etiam Philosophiæ veræ nomine indigitetur *l.*1. §.1. *h.t.* Nonnihil aliter statuit Christ. Ehemius *d. tr. l.*5. *c.*5. hincque secutus novissimè Dn. Gothofr. Fibigius *in Coll. legali ad D. Frantzkii Exerc. disp.* 2. *q.*2. jurisprudentiam mediam quandam esse Prudentiam, inter Nomotheticam & Politicam specialem. Ad quæ hæc quidem non minùs reponi posse videntur: (1) quod ejusmodi Prudentia ex sententia Aristotelis non detur: (2) Prudentia juris non sit nisi in JCtis ceu subditis Reipublicæ & hominibus privatis. E. non possit esse Nomothetica, quæ tantum in Principe resideat, quod Legislatoriæ potissimum officium sit, leges civitati condere modumque condendi præscribere; at JCtus leges non condat, nisi ex accidenti id fiat, ut fatetur ipse Ehemius *d.c.*5. *supr.* Verum enim vero negari haud potest, quod jus de omnibus Prudentiis participet, quatenus legislator, JCtus, & Magistratus habent idem genus, subjectum idem, eandem materiam, leges videlicet, actiones civiles, & finem eundem. Dein quamvis jurisprudentia (& JCti in specie sic dicti,) propriè non exequatur, (quod judicis est) omne tamen hujus artificium in cognitione, decisione & executione recta consistens, addiscitur ex jurisprudentia: quibus explicandis præcipua juris pars de actionibus & judiciis consumitur. Adhæc non particularia solùm tractant JCti, verùm & universalia, seu, ut Ehem. ait, *d.l.* non solùm generatim naturam legum contemplantur, sed etiam actiones civiles efficiunt in civili societate: quandoquidem præcepta à legislatore præscripta ad causarum disquisitionem & consultationem accommodant. Nimirum & ipsi naturam legis in genere contemplantur, præcipuè verò illam quam à legumlatrice prudentia acceperunt, interpretantur, ita ut ostendant, si fortè de casu obveniente legibus nihil sit cautum, ita tamen ipsum æquum & bonum velle, quod rectæ rationi magis sit conveniens, *arg. sæpe d.l.*1. §.1. *h.* vel ita lege cautum consuetudineve receptum, quod verba legis hoc dicant, vel hæc sit legislatoris mens, scil. qua verba aut extenduntur aut restringuntur, *arg. l.*17. *de ll. d.l.*2. §.3.12. *&* 13. *de O.I.* Unde patet, JCtum minimè censendum qualicunque legum scientia (ea quippe & à reliquis exigitur civibus *l. leges C. de legib.*) sed facultate interpretandi ex æquitate leges: ad quos scil. articulos vim extendant suam, & in quibus earum potestas deficiat. *Qualis prudentia,* rectè sentiente Diodoro Tuldeno *de jurispr. extemporali p.*2. *c.*1. *desiderat & integrum incorruptumque virum, qui natura anticipationes clarâ in luce videat, & doctum exercitatumque qui illas adaptare ratiocinando singulis possit.* Eodemque spectat JCti disquisitio & consultatio de negotiis publicis, summa sæpe Regalia, Ducatus, juraque superioritatis maxima concernens. Proinde non abs re erit dicere, *jus mediam quandam esse* prudentiam *inter* nomothesiam & politicam specialem, *& ab utraque suo modo participare,* verba sunt Magnifici Dn. Frantzkii Fautoris & Amici plurimum honorandi, *ἀνδρὸς ἀξίου,* *exerc. jurid.* 1. *qu.*2. *num.*4.8. *&* 9. *ut tamen nihilominus nomothesia à Jurispr. maneat distincta,* (ceu & olim, ubi etiam speciali q. delegatione JCti Principis nomine leges faciebant.) *Etsi enim legislator & princeps quotidie leges ferat & abroget monitu & consilio jurisperitorum, facit tamen hoc omne ex potestate suprema, quam sibi voluit reservatam. Nec magis hinc disciplina quam ICti profitentur, id adscribendum est, quam si in aliis gravioribus negotiis Princeps ductum suorum secutus quid statuat, officio consiliariorum.* Cæterum pollunt hæc fortè explicatius sic proponi. Initiò certum est, præter Romanorum aliorumque populorum Juris pruden-

Ehemii Fibigii.

Examen prædictorum.

Jurispr. est media jur. nomothes. & Pol. spec.

Sententia Autoritate clarint.

prudentiam, dari & existere aliquam Juris artem absolutam seu Universalem. Etenim

I. Datur etiam Jurisprud. Romã. quædam universalis Legum prudẽtia.

I. hanc agnoscit Arist. 6. *Ethic.* 3. 5. *Ethic.* 13. & 10. *Ethic ult.* inquiens quod difficile sit & *magna sapientia*, & *habitus dignoscendi justa ab injustis*, qui in nudâ justi seu legum cognitione non occupetur: quodque detur *facultas civilis summa, reliquis quid faciendum præscribens & dominans, ars legum latrix* seu conditrix 1. *Ethic.* 1. *vers. cum enim.* 6. *Ethic.* 6. *conf. Bud. in l. f. si mens. fals. mod. Br. in prima figura Tyberiadis Cagnol. sup. proœm. Dig. in § itaque num.* 13. II. Meminit ejusdem prior, quod sciam, Plato *in libris de justo & Republ.* & sequutus est Arist. *dd. loc.* tum etiam 4. *Polit.* 4. ubi de civitate absolutè loquens, dicit *necessarium esse aliquem qui jus dicat & decernat*, quem paulo post vocat *justitia exhibitorem*, quique debeat judicare ea quæ per legem terminari non possunt, 3. *Pol.* 16. & 1. *Rhet.* 1. nec non, si legislator, ponendo legem, aliquid omiserit, defectum esse corrigendum, 5. *Ethic.* 14. III. Quæ certâ ratione certisque principiis ex natura notatis constant, ea omnibus Rebusp. sunt communia. Atqui modò dicta Legum prudentia talis est. E. Major à nullo negabitur. Minor probatur, quod *lex, Resp. homines, casus* s. facta eorum, *justitia* (ex quibus constat Jurisprudentia) ratione & naturâ sunt, 5. *Ethic.* 10. E. & Jurisprudentia ista ejus est indolis, cujus ejus prima principia. Adde IV. quod alia sit Jurisprudentia, quæ leges Romanorum, alia quæ jus naturale & gentium exhibet: quo pertinet liber Jani Klenckii Institutionum juris naturalis & gentium, ex Grotio conscriptus. Videatur verò hancce Universalem Jurisprudentiam optimè post Joachimum Hopperum *tr. de vera jurisprud.* inculcans & proponens Dn. Henricus Ernestus in Statera Jurisprudentiæ & JCti ante laudatâ.

II. Hæc duplex, Nomothetice & Dicastice.

Deinde nemo ibit inficias, hujusce Jurisprudentiæ speciem aliam esse *leges condendi & de conditis judicandi*; aliam conditas interpretandi & exsequendi. Illa namque præest Reip. per jura & leges regendæ, gubernandæque, & *Nomothetica* dici meretur, Architectonica, *d.* 1. *Ethic.* 1. *vers. cum enim cæteris activis scientiis*: quam Plutarchus *in Themistocle* dicit à Solone exstitisse, fundatam in eo quod consilio & ratione regatur τὸ leges condere & de conditis judicare: Unde lex ipsa dicta summa ratio Demostheni & summæ Stoicæ sapientiæ Philosopho, Chrysippo *l.* 2. *de legib.*

Nomoth. in quibus consistat.

Occupatur præcipuè in tribus (1) *In cognitione* eorum quæ (ex naturæ obscuritate eruenda) ad justitiam in Remp. inducendam per leges necessaria sunt ex natura & conditione *justitia & injustitia. Reip.* & *legum*, (2) In ipsa Juris legumque condendarum *ratione*; quæ omnis versatur tum in iis quomodo circà unamquamque rem propositam investigetur vel declaretur quid justum vel injustum (ex principiis variis justi & injusti, rebus juri subjectis earumque qualitatibus, nec non quom. hæc invicem rectè conjungantur) probè cognitis; tum *ut leges rectè concipiantur & in Rep. recipiantur*, tum ut *dicta legis rebus & hominibus æquè sint accommodata.* (3) quomodo justitia per leges in Remp. reipsa *inducatur*. Introductione sc. legum, Usu & exercitio, Mutatione & emendatione.

In quib. Dicastice.

Hæc *Dicastice* seu Judiciaria est, quâ opus legibus exequendis & ad affectum deducendis, in Judice & JCto ut Majestatis vicariis, legislatoribusque q. secundariis & succedaneis, conspicua: *l.* 2. *l.* 13. *de legib. d.* 3. *polit.* 16. Media ejus duo sunt (1) cognitio & interpretatio legum per Nomotheticam constitutarum. (2) Executio, consistens tum in inducendo eas in Remp. (colligendo, componendo, edendo) tum in Exercitio (judicando, docendo) tum in Succurrendo.

III. Imp. de Nomoth.

Porro Nomotheticam quam nominavimus, illa ipsa est quæ Ulpiano dicitur civilis sapientia, & res sanctissima, *in l.* 1. § 5. *de extraord. cogn.*

agitur in jure Rom. Definitur Celso.

Celso ars æqui & boni, *l.* 1. *pr. h.* quoad *essentiam & substantiam*, (quæ est ut quod rectum justumque, lege describatur, 2. *Pol.* 7. 7. *Pol.* 14. *Plat.* 1. *de leg.* cujus nobilissima pars Æquitas, utpote jus justo melius, *l.* 31. § 2. *depos.* 5. *Ethic.* 14.)

& Ulpiano.

Ulpiano quoad *materiam & formam*, dicitur rerum divinarum & humanarum notitia, justi & injusti scientia, *l.* 10. § . *h.* res enim divinæ & humanæ pro materia sunt, justum & injustum pro forma.

Datur alia ejus definitio.

Quoad vim autem s. *effectum, officium & finem* JCti, eadem nihil aliud est, quàm *justitiam per leges in hominem & rempubl. inducendi prudentia.* Ea tribus namque *justitia, legibus* & *Rep.* præcipuè, optimâ harmonia conjunctis hæc ars componitur. Unde & Plato in libris de optimo civitatis statu, de justo, legibus, & Rep. agit.

Ulpiano est vera Philosophia.

Illa ipsa etiam est quæ Ulpiano *in d. l.* 1. § 1. dicitur vera & non simulata Philosophia, h. e. legum & juris Philosophia. Namque hæc in genere est rationis scientia, unde Philosophia juris, quâ quis novit dare rationes legum & juris.

IV. Digesta tractant etiam omni legũ prud. communia.

Insuper Justinianus in Digestis tractat partim illa quæ omni in universum Jurisprudentiæ (adeoque & Quiritium) communia, partim quæ Romanæ propria. Prioris generis sunt tractatus de *justitia & jure, de legib. de hominib. & rebus juri subjectis atque illorum actionibus quat. in Rep. justa sunt vel injusta, & per Magistratus, judices, arbitros dijudicandis t.* 1. 3. 4. 5. 6. 7. 8 & 9. *ac libr. omnib. seqq.*

V. Nec nuda scita legũ sed juris artem veramque philosophiam.

Præterea in Pandectis haud nuda scita legum, ut sunt Decalogus, XII. tabb. statuta, traduntur, sed juris prudentia dicta Universalis atque vera legum philosophia docetur, rationibusque optimis invicem collatis tam Magistratuum quàm JCtorum à multis seculis exculta, constitutione imperatoriâ pro legibus firmatis, proponitur, tantum non & ipsa generalia, quin & Universalissima activæ Philosophiæ præcepta & principia inculcantur.

Juris philosophia quid?

Philosophia namque in genere, ut supra dicebamus, est rationis scientia. Unde juris philosophia illa dicitur, ut ante monitum quâ quis novit dare legum rationes. Quod equidem adeo clarum est, ut pateat ad sensum, oculari rei inspectione fidem faciente.

Solida ratio Jurisp. Rom.

Juxta hæc ergo firmissima principia præmissa colligo, quod non modò solidâ ratione nitatur tradita à Romanis nostra Legum prudentia, tolli mutarıvè nescia, nisi quoad obsoleta, obscura, aut *merè positiva, quæ habet, perpauca*, de quo alibi dicendi locus erit:

JCti ergo propria est omnia circa jura legesque diffusa, & Nomothetica & Dicastica prudẽtia.

Verùm etiam illud hinc patet, ad scopum nostrum pertinens, quod JCti propria sit omnis quæ circa jus legesque diffusa est prudentia, siquidem perfectus esse velit, debeat. Sive itaque hanc esse prudentiam mediam inter Nomotheticam & Politicam dixeris, sive universalem & in specie Nomotheticam atque Dicasticen vocaveris, perinde est. Neque officit hoc prudentiæ legislatoriæ, *d.* 6. *Ethic.* 6. quia aliud est leges condere jure & imperio, aliud condere prudentiâ & ratione, deque conditis ita judicare.

Resp. ad contraria.

Platoni illud est Majestatis, hoc ejus qui eam artem callet, legum consulti, ut olim Solonis, Lycurgi, jurisprudentum veterum apud Romanos & aliorum fuit, autoritate Imperiali æquè destitutorum, quos longo catologo recenset *comm. in Minoem. Platonis* Marsil. Ficinus *ad p.* 44. Multùm verò minus hoc prudentiæ civili repugnat, quia amplissima hæc facultas plura alia de Senatoria & similibus, quæ ad regendam gubernandamque Remp. faciunt, habet, tractatque, ad leges non spectantia, neque ipsa inde capite minuitur.

Periti juris Leguleii qui.

Nil quoque mutat, quod multi dentur Periti tantùm juris privati & rerum in foro agendarum, *Pragmatici* vulgò dicti, (quin Rabulæ ni) Rechtserfahrne: alii item *Leguleii, nudi Theoretici, Critici, Philologi*; quia hoc & Medicinæ accidit,

& mul-

Quidam judices periti non sunt legũ conditores.

& multis aliis artibus & disciplinis activis. Dolendum-que est quod illæ subinde nunc pro mechanicis habeantur, & pro modis acquirendi divitias usurpentur. Imò dantur nonnulli judices periti qui non sunt legum conditores; quomodo de Rhadamantho quod quidem à Minoë instructus fuerit, nec tamen regiam disciplinam omnem, sed regi tantùm ministrare in judiciis didicerit, judex bonus appellatus, affirmat Plato *in Minoë sub fin.*

In aliis contra obtinet.

Contra verò sæpissime & Causidicina & judiciaria exercetur etiam ab egregiis Legum philosophis, exemplo vel Antonii Fabri supremi Sabaudiæ Senatus præsidis, & Hugonis Grotii olim Fisci Hollandiæ Advocati, post Syndici Roterodam. &c. ac aliorum.

Legum prud. theor. & practica.

Datur ergo Prudentia juris alia *Theoretica* (*ἐξηγητικὴ, Critica, Philologica, Grammaticorum, Humanistarum*) alia *Practica*. Ex quibus illa dicitur non quidem ratione ipsius Legum prudentiæ, & quod in theoria ultimatè & solius cognitionis causâ quiescat, sed respectu artificis seu hominis huic arti studentis, qui fortè propterea saltim addiscit leges ut earum cognitionem habeat, sciatque eas pro suo emolumento interpretari, item quod prudentia juris (ut scdictum) sine præcedenti cognitione addisci non possit.

Perfecta & imperfecta.

Est quoque prudentia legum alia *perfecta*, quæ supra laudata, vera legum philosophia, & cognitione legum publicarum privatarumque, & praxi suffulta, *l.1. §.1. h.* unde veri & perfecti JCti, Rechtsgelehrte: Et de hacce Legum prudentia intelligendus est Claramontius *d.tr. de conjectand. cujusque morib. & de jurispr. c.6.* inquiens: *quod si legum latio perfecta est, nempe universalem institiam, adeoque omnes virtutes & disciplinam ad eas complectitur, tunc ejus studium integram exhibet virtutem, sive ad eam confert. Hac de causa Plato studium legum cum earum proœmiis adeo commendabat.* Alia *Imperfecta est, simulata, d.§.1.*

Naturalis & Artificialis.

Ejusdem farinæ quoque est jurisprudentia *Naturalis*, ubi quis legem ex ratione naturali planè perspicuam interpretari valet, aut ex ea judicar, similis in hoc Logicæ naturali, quâ de prudentia juris nonnulla utilia habet Nicol. Eberhardi *in præfat. topic. leg.*

Jurisprud. Romanorum resp. facit universalis.

A qua autem toto genere diversa *Artificialis*, non modò supra dicta universalis, ejusque species Nomothetice & Dicastice, verùm etiam Specialis nobis usurpata Romanorum. Hæc enim saltim ratione gentis à qua profecta, Romanæ nomen meretur, reapse est universalis, solidis justi & injusti rationibus, per omnia ferè insertis, ad normam illius Universalis composita, cum ea conjuncta, & ad eam revocata. Dissentit ab his crassissimè Angelus Thius *in prægnit. logic.* & Zabarella *de Natur. scient. constit. c.33.* statuentes jurisprudentiam esse nihil aliud, quàm simplicem quandam peritiam, quæ nec scientia sit nec prudentia, nec ars dici mereatur. Verum ex supra dictis liquidò constat, quod hujusmodi opinio tam absurda sit, ut ipsa ponius ne quidem refutatione aliqua indigeat.

Resp. Montecatino negant Legũ prud. partem Philosophiæ.

Manifestò quoque ex dictis patet, quod minus rectè Antonius Montecatinus *in politicis* statuit, prudentiam legum non esse partem Philosophiæ. Nam etsi ministra eiler indignata ipsi Dicasticæ, propterea tamen nec ipsa genere suo excidet ei. Nam & hæc prudentia est civilis Stagiritæ *d.6. Ethic.6.* & potius Politicæ illius prudentiæ quæ Remp. administrat, perinde ut judicia pars sunt administrationis civilis. Nunquam probabit Muntecatinus Judiciariam causas & rationes non considerare ipse judicio tum expers. Licet namque ex præscripto Legislatoriæ agat, hæc tamen fundatur in principiis naturalibus, 1. gentium & positivis, quæ exceptis merè civilibus, sunt rationis, tantùm penes Romanos literis consignata, de cætero justa & honesta. Et juxta hæc fundamenta legum quibus Nomothetica innixa, Dicastice leges & interpretatur & exequitur.

Optimũ Suarezii de Jurispr. Judicium.

Longè melius Muntecatino de jurisprudentia nostra judicat ipse quoque Philosophus summus Fr. Suarezius *de legib. in proœm.* inquiens, *Jurisprudentia est Philosophia moralis ad regendos & gubernandos Politicos Resp. mores quadam extensio & applicatio.* Quin legum prudentiam esse veram Philosophiam, ut constat *ex l.1. §.1. h.* ac supra demonstratum fuit, & tamen non esse Philosophiæ partem, manifestam in apposito contradictionem implicat, Montecatino indignam. Si verò ille ad Nomotheticam quoque suum extendere errorem pertexerit, dubiæ sanitatis ipsum sit censuerim, nemo mihi vitio vertet.

Cur ars juris nostri sit prudẽtia.

Porro manifestum est quoque ex supra dictis, quod Ars nostra suum genus proprium & adæquatum habeat Prudentiam: 1. quia definitio ejus (quod sit *habitus rectâ cum ratione activus, circa quæ humana bona sunt.6.Ethic.5.*) ipsi convenit: 2. non modò in universalibus sed & circa particularia occupatur (quod Prudentiæ proprium) crebris actionibus usque exercitis conspicuæ, *16.Ethic.8. l.2.2. in f. de legib.3.* quia partim Nomothetica est partim Dicastice, ut supra monstravimus. 4. quia vera (practica) Philosophia.

Non potest definiri per Synesin quid.

Per Synesin itaque minimè definiri potest, quæ facultas prudentiæ saltim subordinata & instrumentalis, ut probatum supra *num. 2. adverb. sic jurisprudentia quoque.* Σύνεσις bonis autoribus Prudentiam denotat, item industriam, Platoni *l.1. de Rep.* de canis quique affectu & sagacitate accipitur. Aristoteles verò in hoc à cæteris planè singularis est, quod prudentiam quidem vult invenire, præcipere, jubere quæ agenda, Synesin autem non invenire, sed de antea inventis, mandans, tantùm judicare: γνώμην verò emendare, addere, corrigere. *6. Ethic.6.* Verum licet capiatur Synesis sicut vult Aristoteles, & tunc tamen falsum est de inventis ab aliis (à Legislatoriâ prudentia) saltim judicare JCtum. Etsi enim secundum præscripta legum agat, hæ tamen minimè sunt inventum Majestatis; quia vel naturales sunt, gentium, vel civiles, hæque non simplices, sed plurimùm mixtæ, omnes justæ, honestæ. Nam *quæ à legum latrice facultate sunt definita, ea legitima sunt quorum singula justa affirmamus,* inquit *Arist. 5. Ethic. 3. in pr.* Quod autem præscriptæ sunt à Majestate, factum tantùm ob malitiam eorum qui sponte agere nolentes, ad bonum faciendum pœnis & præmiis sunt alliciendi, *l.1. §.1. h.* utque regula & norma extet in Rep. ad quam ceu cynosuram, negotia hominum examinanda, *l.1. in f. de leg.* Et qui JCtus Romanas leges etiam merè positivas interpretans, dici poterit tantùm judicare de aliorum inventis: cum per aliquot secula soli JCti invenerint leges ipsas nunc interpretandas? Insuper sæpissimè ubi lex deficit, ex æquo & bono res decidenda venit, *l.31. depos.* interdum ex principiis justi extraordinariis, singularibus, mediis inter justum & injustum seu secundum quid justis, nonnunquam jus per aliud jure melius emendandum, *d.l.31. depos. l.2. C. de jur. Reip. §. 6. in f. de t. num 9. &c.* Ubi certè, cum æquitas scripta non sit, JCto quoque præter τὸ judicare, id est exquirendum, juxta quod (ut medium) applicet negotium de quo quæritur. Idemque & in judiciaria obtinet seu Dicastice omni, sive judicem respicias ut talem, sive JCtum judicis munere fungentem. Hoc omne enim Judiciariæ adscribendum est; quia licet non sequatur, quemcunque ita de jure respondentem, esse constitutum in Rep. judicem, sequitur tamen, illum eo ipso dum sic agit, q. judicis officio defungi. Nec aliter res se habet in Causidicina. Utrobique enim sic jus applicatur ad factum. At qui hoc facit, legibus utitur tamquam principiis (mediis) & pronunciat quid in casu juri conforme sit vel non.

Quicun-

Quicunque autem legibus ut principiis utitur, ille de inventis non judicat, sed quid juxta leges, in proposito casu sit juris sanum declarat, ostendit ἐπιτακτικῶς. Et verò ἐπιτακτικὸν de quo videatur Beatus Hotnerus *in Ethic. p.* 167. est ordinatè ostendere hoc isto tempore & loco ea ratione omnino fieri debere. Hoc ipsum verò facit omnis JCtus. Vel itaque Legislatoria quoque prudentia nulla est prudentia, vel si talis est, Dicastice quoque talis dicenda est, quia quod illa vult & hæc vult, atque declarat. Et breviter: Quicunque non judicat de aliorum inventis, ejus facultas non est Synesis. At JCtus non judicat de aliorum inventis. E. Præscripta vero juxta quæ JCti agunt, sunt virtutes seu quæ justa & honesta *d. 5. Eth.* 1. *l.* 2. *de leg.* Quin & isthæc, ut dictum, jurisprudentiæ Universalis & Romanæ nostræ Justinianeæ conditio est, ut in finibus Dicastices non subsistat, sed *& legum conditricem sapiat*, qualem Prudentiæ nomine venire & esse ἐπιτακτικήν, nemo dubitat. Denique ut servus ille dici non potest qui legibus obsequitur, sed liber est, ita & JCtus præscriptum legis sequens, inventis adstrictus dici non potest. Tantum de I. quod circa definitionem Jurisprudentiæ notandum diximus. II. in *l.* 1. *h. t.* jus dicitur Ars non propriè & secundum Aristor. 6. *Ethic. c.* 4. sed latè accepto vocabulo pro quavis disciplina: *s. habitu multis constante preceptis, certâ quadam methodo comprehensis, ad aliquem finem vita & utilem tendentibus*, quod artis est proprium 8. *Topic.* 2. Nec mutat, quod leges quasi opus videri queant Nomothetices juris prudentiæ, & cautiones, judicium, sententiæ, responsa, juris opera, sint τῆς δικαστικῆς 6. *Ethic.* 4. Distinguendum namque est inter operationes Prudentiæ & Artis: in illis ejus essentia consistit, quas edit quidem, verùm haud efficit ut opus à sese distinctum & externum, quod est Artis, cujus opera alioquin prudentiæ operationibus simillima.

Quomodo jus Ars.

Scientia.

Scientiam dici posse jurisprudentiam, latissimè pro quacunque rei vera cognitione, indubium est. Meretur verò talis vocari etiam exinde quod sit de iis quæ fiunt ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ, ut plurimum, *l.* 3. 4. *de legib.* 5. *Eth.* 14 quorumque certa est, quamvis non simpliciter absoluta & cathegorica, demonstratio, ut ad t. de Legibus docebitur. Ei hæc enim Aristoteli Scientia est, 6. *Eth.* 3. *pr.* 1. *Metaph.* 7. 1. *Anal. post c.* 25. *omnis scientia ejus est*, ibi ille inquit, *quod aut est semper, aut ut plurimum: & omnis quâ quippiam demonstratur oratio constat propositionibus aut omnino necessariis, aut qua plerumque ita fiunt*: 6. *Top.* 3. *vers. jam si quis.* 8. *Top.* 2. τῶν ἐπιστημῶν αἱ μὲν θεωρητικαὶ αἱ δὲ πρακτικαὶ, αἱ δὲ ποιητικαὶ 6. *Metaph.* 6. *pr.*

Prudentia.

Interim verò, quia ars juris quid agendum vel omittendum sit tractat, *l.* 2. *in f. de legib.* & in contemplatione non quiescit sed operationibus fungitur, ut in cautionibus contractuum, testamentorum, latione legum, sententiæ, Responsisque (quæ omnia operatur JCtus) conspicuum est, hinc rectissimè omnium illa Prudentiæ nomine audiet, 6. *Ethic.* 5 ut s. dictum.

Notitia.

Notitia porro hîc notionem tantùm denotat rerum divinarum & humanarum, quia scientiæ, quæ est rationis & intelligentiæ, opponitur.

Sapientia.

Denique Sapientia jus vocatur ab Ulpiano latè, pro præstanti cognitione de rebus agendis; *in l.* 1. §. 5. *de var. & extr. cognit.*

Æquum & bonum quid.

III. In *ead. l.* 1. *h.* notandum, quod æquum & bonum *h. in l.* sit conjunctim accipiendum, ceu patet *ex* §. 1. *& seq.* ubi JCtus definitionem juris explicat *ibi: justitiam namque colimus, aequi & boni notitiam profitemur. eod. tit.* Vid. Lopez. *d. c.* 1. *nu.* 10. *& seq.* Quoties enim hæc duo vocabula apud Latinos conjunctim ponuntur, nihil aliud significant, quàm quod Arist. 5. *Ethic.* 10. ἐπιείκειαν vocat, id est, moderationem & correctionem juris, sive humaniorem interpretationem scripti, ceu latiùs hoc probat Budæus *in l.* 1. *h. t.* aliàs æquitas dicitur *l.* 15. *de legib.* jus naturale *l. pen. h. t.* bona fides *l.* 1. §. 1. *de act. empt. l.* 45. §. 1. *locat. conduct.* Quippe ars juris est, leges Reip. ex mente Legislatoris dextrè interpretandi, & ad casus singulares accommodandi, prudentia; quia scire leges non est verba earum tenere, sed vim & potestatem, *l.* 17. *de leg.* Ita accipitur in *l.* 32. *de reb. cred.* & aliis *hic alleg. ut l. pen. h. l.* 2. *de aq. & aq. pluv. arcend.* Dissent. ab his Vulteius, vocem *boni* hic abundare contendens, aliter Accursius, qui æquum & bonum disjunctim accipit, & hoc pro eo quod utile est, quem sequi videtur Aut *hic*. Sed rectè animadvertit Soto *d. tr. l.* 3. *q.* 1. *art.* 1. Accursium hîc hallucinari, & *aequum bonum* pro simplici nomine accipiendum. Aliàs quin hæ voces cum quando distinctim accipi possunt, diversimodè etiam sumantur, nemo dubitat, & hûc pertinet explicatio Autoris *h. v. bonum illud dici potest*. Quod verò ab æquo & bono definiatur humano *in l.* 1. *pr.* & non à justitia & justo, ut fit, *in l.* 10. *h.* ratio non alia est, quàm quod æquum bonum itidem quidem justum sit, sed jus justo melius, h. e. nobilissimum, in interpretando utramque paginam faciens, *l.* 31. *depos. verbis: non detrahatur ab alicujus honestiori petione*, 5. *Ethic.* 14. *verb. jus igitur & aequum & bonum idem est; cum enim utraque honesta sint, aequum & bonum honestius meliusque est. Dubitatio a. hic oritur, quia aequum jus est non secundum legem, sed legitimi juris correctio.* Idem itaque est quod Ulp. *in l.* 1. *pr. h.* dixit, jus est ars justi & maximè æquitatis: ut definitio sit desumpta à potior. Add. Bolognet. *d. tr. c.* 29.

Quom. differat à justo.

Proinde ab æquô bonu hoc significato (1) differt quodammodò jus, h. e. justum seu legitimum (humanum sc. nam justum s. legitimum naturale, quod est rectum secundùm naturalem rationem, in se stabile est, & nonquam deficit, si ratio non erret, propterea que æquitate non indiget, sed est potius illius origo, regula, secundum quam sit constituendum) quia ut ait Aristot. *d. l.* quamvis æquum bonum jus sit, non est tamen jus lege constitutum aut legitimum, sed juris legitimi correctio, quâ aliquid ei deest. Deinde quia jus (legitimum) semper non est optimum atque rectissimum, sed quandoque ad summam severitatem exigitur & dicitur jus summum, jus strictum *l. placuit. C. de judic.* ut supra diximus.

Habet suos gradus.

(2) Æquum & bonum illud s. æquitas, suos gradus habet, nam æquô æquius est *sec. l.* 6. §. 5. *de Furt. l.* 31. *depos.* item in stricti juris contractibus non ita exuberanter est æquitas, ac in contractibus bonæ fidei *l.* 5. *C. de rescind. vendit. junct. l.* 8. *de cap minut.*

Quid h. res div. & hum. just. & injustitia.

IV. verba: divinarum & humanarum rerum it. justi & injusti *in l.* 10. *h. &* §. 1. *I. eod.* ad objectum pertinent, illa ad materiale, hæ. ad formale; quamvis opinetur Bacchovius in ὑπότ. *h. p.* 16. Ulpiano ejusmodi considerandi modum, quem in verbis *just. & injust.* lateremodò diximus, in mentem non venisse. Verùm si & alios textus jungamus, quos antevertimus citare *supr. ad* §. 3. *verb. sic jurispr. finis.* de ea mente satis constabit. Res divinæ hîc publicæ sunt, quæ tum quidem ad Deum ejusque cultum spectant, dictæ *sacra*, tum autem ad sacerdotes, magistratus & alios qui Dei vices in hac terra obtinent, *in specie publica*. Humanæ res sunt res privatæ, quæ ad hominum vitam & convictum tuendum ac conservandum pertinent. Hæque partim ad *personas*, partim ad *res* (ut illis opponuntur) partim ad utrumque referuntur, ut sunt *judicia*. Adeoque summa divinarum & humanarum rerum capita quinque generibus de *sacris publicis, personis, rebus, & judiciis* continentur. Et qui vero, Ulpiano in mentem non venerit materia circa quam Jus versatur, quam in rebus divinis & hu-

V. genera rer div & hum.

Ulp. bene hæc novit distinguere. Resp. Bachov.

manus conſiſtere ait, & cùm Philoſophia generaliter illi eſt communis. Qui JCtorum præſtantiſſimum, coryphæum ac principem, *vocatum Modeſtino libr. de excuſat.* ſummi ingenii, *l.un. §.ne autem.C.de v.1.e.* prudentiſſimum, *l.Divo Marco.C.de quaſt.* quin improba Sardanapali facta quotidie emendantem, ſ latuerit modus & ratio quâ res divinæ & humanæ JCtis in conſiderationem veniunt? Neque enim hi alia de cauſa ipſi ſunt *Juſtitiæ ſacerdotes, juſtitiam colentes,* boni & æqui notitiam profitentes, veram philoſophiam affectantes, *l.1. §.1. h.* Neque aliter vult legum natura, circa quam uſque occupantur JCti, qua de ex Chryſippo Stoico Philoſopho Marcianus *l.2. de leg.* lex ait, *eſt omnium divinarum & humanarum rerum regina, regula juſtorum & injuſtorum.* Indeque rectè Montecatin. *in præfat. polit.p.15.* definitio Ulpiani inquit, *d.l.1. §.1.h.* ſic intelligenda eſt: Jurisprudentia eſt rerum divinarum & humanarum notitia, *quatenus hæ res ad juſtum injuſtumque referuntur,* cujus juſti & injuſti propriè ſcientia eſt ipſa prudentia juris. Nimirum quæ prudentiæ Juris in univerſum, ea hactenus & Romanæ noſtræ ratio eſt. Quod equidem facilè ſic evincitur. Primo certum eſt, τὸ juſtum in genere æſtimari ex eo quod ſummo bono & virtutibus non contrariatur, pro Reip. utilitate & emolumento. Hoc enim omne intenditur in legibus condendis & in generali Ethica explicatur, *1. Ethic.1. 1. Rhetor. 8. verbis: utile autem eſt quod conſervat Reip. ſtatum.1. Pol.2. verbis: imperare & parere non ex rebus neceſſariis tantum ſed & utilibus 2. Polit.3.& 12.* Juſtum autem hoc ſtatuitur aliquando rectâ via ex communi & ordinariâ ratione. *3. & 5. de legib. l.16. verbis communi auxilio. de minorib.* unde jus dicitur regulare & ordinarium, *l. regulariter. 9. de heredit. pet.* Nonnunquam extra ordinem (obliquè, per circuitiones, anfractus) ſine certâ ordinaria ratione quid pro juſto habetur, puta ob rei magnitudinem, *t.t.& l.1. §.1.2.3. 4.5. de extr. cognit.* propter rei exiguitatem *l. 4. de in integr. reſtit. l.54. de judic. l.f.C.de ord.judic. l.9. l.10. de dol. mal. l.17. §.2. de inſtit. act. l.8. depoſ. l.29. C.ad L.Jul.de adult. l.quoniam. in f. C. de heretic. § f I. ad L. Aquil. l.55. fam.erc. §.4. I.de off.jud. l.17. l.25. C.de uſur.* aut ob rei qualitatem, ubi eſt indifferens, obſcura & intricata, dubia & anceps, feſtinatione indigens, *arg. l.3. de juſt.& jur. §.2. I.ad L. Aquil. l.45. §.1. ff.eod.* P. H. O. *art.39.& ſeqq. c.18. de homicid. t.t. & l.9. §.22. 23.27. de reb. dub. l.3. §.f. ad L. Corn. de ſicar. l.9. eod. l.2. C. de ſert. l.2. C. quand. lic. un. ſin. jud.* R. A. zu Augſpurg *de ann.1500.* von den Zigeunern. *l.f. C. de malef. & mathem. l.un. C. de rapt. virgin. l.1. §.27 & 28. de vi & vi arm. l.1. C. und vi. l.7. §.3. quod vi vel clam. l.20. l.21. 22. ad L. Jul. de adult. N.117. c.15. auth. ſi quis. C. eod l.f. C. an ſerv. pro ſuo fact. l.6 §.3. de ſenat. ſyll. l.un. C. de emend. ſerv. & l.1. quod quis jur. in al. ſtat.* Fr. Br. Landt. A. zu Saltzdalen *de anno 1597. §. 47. verſ.* mit den Arreſten *O. c. p. 2. t. 22.* Interdum verò ex ſingulari ratione contra communem tenorem aliquid juſtum eſt, *l. 14. 15.16. de legib.* exemplo *§.6. I. de 1.num.g. & c.l.1.pr. & ſeqq. l.2. l.3. de conſt. Princ. l.179. l.191. l.196. de R.I. ff. & C. de caſtr. pec.1. de teſtam. milit. l.f. C. de teſtam. l.31. de pœn. & ſimilium.* Indeque juſti & injuſti principia rectè dixeris, vel ordinaria eſſe, vel extraordinaria, vel ſingularia. Sed extraordinaria iterum vel remota & communia ſunt facienda, concluſiones ex Metaph. Phyſ. Mathem. Log. Hiſtor. Philolog. Medicis, *l.10. l.12. de ſtat. hom. t. de ventr. inſpic.* P. H. O. *art. 147. &c.* (quæ propria & Juridica fiunt per applicationem.) Vel propinqua & propria ſunt: Hæcque vel interna (quæ re ipſa ſunt ſeu rebus ipſis inhærent) puta Naturalia, (in natura ipſa inſita) gentium & civilia, *t. de 1.n.g. & civ. l.1. de pact. l.10.74. l. 75. de reg. jur. l.5.6.7.8. & 9. h.t.* vel Externa (foris adducta) *l. 37. l. 38. de legib.* quo ſpectant & ſcripturæ, teſtes, ſigna, & ſimilia, per quæ fiunt probationes, *t. de fid. inſtr. t. de teſtib.* Vel Media, circumſtantiis moralib. conſtantia, quarum ſunt ſeptem (ad quas reliquæ facilè revocantur) enumeratæ *in l.28. de pœn.* Secundò quoniam officium JCti in eo conſiſtit, ut per leges in homines & Remp. juſtitiam inducat, ut ſupra clarè demonſtratum: hinc porro maximè Naturalia juſti & injuſti principia JCtis illa ſunt quæ à legis, hominum ac Reip. & juſtitiæ natura & conditione proficiſcuntur. A natura Reip. deducta ſumuntur I. A Deo, *divina,* à quo Reſp. promanat, & ad cujus ſimilitudinem homo, (qui eſt in Rep.) factus, unde & omnia principia inferiora fluunt, exindeque lex dicitur Dei inventum ac munus Demoſtheni *l.2. de legib.* II. Ex Mundo, *phyſica ſ. naturalia* principia, exemplo *§.1.3.12. pr. §.14.15.16.18.20.22.23.24.25. & ſeqq. uſque ad §.34. t. de rer. div. l.35. de R.I. l.6. §.2. de jur. patron. l.40. de her. inſtit. l.52. C. de ep. & cler. l.3. de tutel. l.23. de lib. & poſth. hered. l.31. de R.I. l.100. l.135. 155.178.182.85.186.188. §.1. l.190. §.1.208.209. eod. c. 42. in 6. eod. tit. l.1. qui pot. in pign.* III. ab Homine, *humana,* quoad partes ejus, potentias, paſſiones, & habitus. Quò ſpectant præcipue principia humanarum actionum, accuratiſſimè JCtis conſiderata, ut in *l.3. 4.5.19.23.36.40.42. pr. l.47. l.48. l.50. l.53.54.55.60. 63.69.76.79.82.100. §.2. l.111.116. 124.129. 131. 132. 134.142.145.156. pr. & §.f. l.157.158.160. 163.165. 167. pr. & §.1. l.169.173. §.2. & 3. l.177. §.1. l.184. l.189 l.195. 198. l.199. l.203. de R.I. l.6. C. ſi quis alt.* IV. ex Familia & ſocietatibus civil. imperfectis, (mariti & uxoris, patr. & liberorum, dom. & ſervorum, ancillarum, famulorum) *Oeconomica,* ſpectantia ad ſobolem procreandam, tuendamque, tum ad communem opem & convictum, *t. de his qui ſunt ſui vel al. jur. t. de patr. pot. t. de nupt. t. de hered. inſtit.* V. ex ipſa Republica, *principia politica,* tam ratione conſtitutionis, quàm partium (imperantium, parentium & mediorum, ut magiſtratuum, judicum, militum; *t. de ſenat. & ſeqq. t. de juriſd. §. ult. 1. de 1.n.g. & t.1. C. de ſumm. Trinit. & ſeqq. de jure ſacro. l.10.11.12. l.7. §.1. l.8. h. t.t. de re milit.*) & finium, indigentiam ſupplendi, tranquillè, & juſtè vivendi: &c. A Lege deſcendunt, quæ vel à definitione, vel diviſionibus ſumuntur, *t. de legib.* vel à partibus (proœmio, conſtitutione, ſanctione, *vid. leges nonnulla Cod. & Novella*) à virtutibus (quæ jubere, vetare, permittere, *t.7. de legib.*) à formis (ubi conſtituitur, vel etiam quod idem, confirmatur. *t. de confirm. digeſt.* tollitur, *t. de L. Ful. Can. toll.* mutatur, *t. de uſuc. transf.* vel directè, rectâ via, verbis *jubemus, ſancimus tit. C. paſſ.* vel indirectè judicium dandu, exceptionem, replicationem, duplicationem, actionem utilem, ſubſidiariam, *t. de except. t. de replicat. l.56. §.1. de R.I. §.f. de L. Aquil.* per magiſtratum, quæ lex loquens, *t. de mint. reſtit. l.7. §.1. l.8. h.* per legis fictionem, *§. 5. quib. mod. patr. pot. ſolv. pr. de excuſ. tut. §.4. de act. l.4. § f. de fidei. tut. §. 4. de tutel. l.5. de adopt. §.5. de act. l.f. §.f. C. de her. pet. l.1. §.12. de vi & vi arm. l.1. C. de donat. §.f. de nupt.*) à gradibus (cum vel non contradicitur, quod in quibuſdam pro juſſione eſt, aut non probatur, quod loco prohibitionis *l. 11. C. de R. C.* vel cum aſſenſus expreſſim adhibetur vel denegatur: vel cum ultra aſſenſionem vel diſſenſionem juſſio inſuper vel inhibitio vel permiſſio accedit: Idque ubi (1) quid potius diſuadetur, ut quod patet non prohibetur quidem abſolutè filii ſponſam ducere, ſed rectè tamen facturus ſit, ſi à nuptiis ejuſmodi abſtinuerit, *l.10. I. de nupt.* (2) ſimpliciter

Quom. jus Rom. ſit juſt. & in ſciētia.

Principia juſt. & inj. ordinaria.

Extraordinaria.

Singularis.

Ord. cōmunia.

Propria quæ interna (ut nat. gent. & civ.)

Externa.

Media.

Naturalia à Rep. quoad Deum.

Mundū.

Hominē.

Familiā.

Ipſam Remp.

Naturalia à Lege.

pliciter & absolutè quid præcipitur vel vetatur, ut hoc facito, illud omittito: *exemplo decalogi, & legum XII. tab. §.1.I.verb.abstinendum est. de nupt.* (3) cum gravius interminatur, ut edico, ut facias, ne facias, *d.decal.* Et quantum ad permissionem attinet, ejus suminus gradus est, cum expressè, simpliciter & absolutè aliquid permittitur, quod in iis accidit, in quibus nihil mali: *arg.l.5.de testam. & qui testam.fac.poss.* Medius, cum non absolutè quid permittitur, sed dicitur non vetari tantùm, *l. omne, de R. I.* vel permittitur additâ adhortatione in contrarium, ut *in d.l.10.I.de nupt.* quod in iis locum habet, quæ per se quidem mala non sunt, sed aliquid tamen mali secum trahunt, sic ut per indulgentiam in iis procedatur, *l.26.C.de usur.l.16.§.4. de minor.l.1.verb.permitto tibi.C.de jur.& fact.ign.* Infimus est, cum quid non tam permittitur quàm conniventibus oculis tacitè dissimulatur aut toleratur: quod in iis locum habet, quæ quidem per se mala, aut certè non bona, hominum ob imbecillitatem majoris mali vitandi causâ nonnunquam ferre oportet, ut Romanis fuit concubinatus, *t.de concubinis* ex nudo pacto non dari actionem, *l.7.§.4.de pact.* Denique principia à Justitia deducta vel sunt (1) ipsius justitiæ aut (2) injustitiæ, vel (3) mediorum inter utramque. Quæ primi generis, proficiscuntur simili ferè modo ut s. de legibus dictum, vel ab ejus definitione, *pr. I. h.t.* vel divisionibus, ratione *generum* à particulari just. (quod de rebus externis suum cuique tribuendum ratione rerum corporalium & incorporalium) universali, (quod vivendum secundum omnes virtutes *d.pr.l.15.de condit.instit.§.pen.I.h.t.*) ratione *graduum* (quod quis vel ex se & amore boni justè agat, vel metu pœnæ aut spe præmii, *l.1.§.1.h.*) aut ratione *formarum*, (justitiæ rectæ, restrictæ temperatæ *l.8.C.de eod.l.12.qui & in quib.manum.l.11.de pœn.benign.l.de legib.l.168.pr.& §.1.l.183.l.192.§.1.de R.I.*) à vi & effectibus, & sic deinceps. Secundi generis ab Injustitia petita, continent varia damnorum genera, quæ tam in delictis quàm in contractibus corriguntur & coercentur, *libris 47.& 48.ff.l.9.Cod.& multis aliis quibus de contractibus agitur l.23.de R.I.l.5.commod.* Quò spectat ἄδικον φύσει καὶ τάξει *1.Reth.13.* injustum naturaliter & civiliter, *l.probrum.de V.S.* Per quæ etiam illa quæ de iis habet Arist.*5.Ethic.5.* perpauca, imò universalissima τῶν συναλλαγμάτων ἀκουσίων καὶ ἑκουσίων, summè illustrantur & exponuntur. Tertii generis justa & injusta (secundum quid talia) ferè sex sunt I.Favor, (qui à bono existit) *l.19.de lib.& posth.her.l.25.de legib.l.un. C.de off.Com.sacr.largit.l.125.de R.I.l.32.de pœn.l.47.de O.& A.c.6.de donat.int.vir.& ux.* II. Odium, (quod à malo) *c.odium de R.I.in 6.c.22.de elect.in 6.l.19.de lib.& posth.her.* III. Necessarium aut non necessarium *4. Metaph.5.Rhet. ad Alex.c.2.l.22. de his quib.ut indign. l.162.de R.I.arg.l.29.C.de jur.dot.c.4. de R.I.in 6.l.7.§.1.qui satisd.cog.* IV. Utile & inutile *Rhet.ad Alex.c.2. l.1.§.17.de aqu.quot.& æst.§.3.de usufr.§.9.de inut.stip. §.1.de oblig.quæ ex q.contr.l.un.§.14.C.de caduc.toll.l.f. comm.de leg.* V. Honestum & inhonestum (absurdum, inhumanum, contra bonos mores,) *l.2.C.de resc.vend.l.15.de condit.instit. Rhet.ad Alex.d.c.2.l.144.l.197.de R.I.§.10.& seqq.de nupt.§.1.verf.idque utilitatis.de oblig.quæ ex q.contr.l.quoniam.in f.C.de heret.* VI. Indifferens, (simpliciter tale, ubi perinde est quid statuatur, quodque tale & quo ad actus substantiam & modum, de quo agit Aristot.5.*Ethic.*10.) *arg.l.ult.C.de donat.caus.mort.l.f.C.de codicill.l.21.C.de testam.junct.l.11.de testib.l.20.de legib.* Ita ergo prudentia juris est justi & injusti scientia. Quotuplices sint res, quarum justitiam JCtus æque habere debet, dicetur ad *tit.8.de rer.divisione.*

Naturalia a justitia & injustitia.

Justa & inj. sec. quid sex.

Hujus autem studii.) Post ambiguitatem & definitionem, sequuntur nunc in tractatu de jure, ultimò loco divisiones & partitiones. Dividitur autem à JCtis jus præcipuè tripliciter, sed in illo significatu, quâ subinde denotat jussum s. legem præcipientem, à Majestate profectam, (1) à causâ efficiente, in jus naturale, gentium & civile *tit.I.de I.N.G.& C.* (2) ab objecto & fine in publicum & privatum *§.fin. Instit.h.t.l.1.§.2.eod.* (3) Ab Accidente communi in scriptum & non scriptum *§.4.I.h.t.* Hæc enim sunt principia vera harum divisionum, à quibus Autor nonnihil diversus est, sed sine ratione, ut mox demonstrabimus. Ab objecto dependet secunda divisio, quia est partim de rebus divinis, ut supra dictum, quæ in genere publicæ dicuntur, partim de humanis h.e. privatis. A fine, quia in illis principaliter publica respicitur utilitas, in his primario privata. Adeò notabilis hæc & summa est divisio, quoniam omnia legum latio & quodcunque jus in mundo est, illud omne circa res divinas (publicas) & humanas (privatas) tanquam cardines volvitur. Cæterum vox Studii æquivoca est. (1) significat vehementem aliquam occupationem sive diligentiam: (2) disciplinam s. artem cui studemus. Sic dicimus studium juris, studium Philosophiæ. (3) studium juris denotat ipsum jus studio constitutum, & quidem hîc jus Romanum; huic enim (studio in hoc significatu sumpto) omnium optimè applicari possunt prædicta membra divisionum. Cum enim de juris studio agimus, ipsum jus, de quo quæsiti respondent prudentes, intelligimus, quod populi Romani jus appellarit. Charond.*d.l.1.Verisim.c.1.ad verb.privat.jus.* Dissentit Vultej.*inst.h.t.* studium hic significare disciplinam juris putans.

Juris divisiones.

Summa omn. jur. in mundo.

Vox studii ambigua.

Non respectu formæ.) Vocabulum publicum valdè ambiguum est, ita ut & subjectum cui additur, non minus homonymum faciat; Unde non solùm res Publica variè dicitur, *arg.l.14.l.pen.de acq.rer.dom.d.§.2.inst.de R.D.* sed & jus publicum, item publicum munus. Attamen publicum jus dicitur præcipue duobus modis (1) in genere, ratione *causæ efficientis*, quod publicâ auctoritate sit constitutum, quomodò jus omne atque ita & privatum jus, publicum est, *arg.l.1.& 2.de leg.* (2) in specie & propriè, ratione *objecti & finis* h.e. quod de rebus publicis est constitutum in Reipublicæ utilitatem, *arg.§.fin.inst.h.t.* In Reipublicæ autem utilitatem quid fieri potest dupliciter (1) quod directè & principaliter concernit emolumentum Reipublicæ, per consequens etiam inservit singulis: (2) quod directò singulis inservit, & secundariò Rempublicam juvat. Illud hujus est loci: quomodò cura itinerum sternendorum murorumque, dicitur publico & civitatibus utilis *Nov.17.c.4.* magistratus persona publica *arg.l.1.§.13.de orig.Jur.* quod publicum privato præferendum, *l.unic.§.14.C.de caduc.toll.* & in genere hoc modo propriè ea dicuntur publica, quæ sunt populi Romani *l.15.& 16.de V.S.* Posteriori modò & per consequentiam dicitur usucapio boni publici causa introducta *l.1.de Usucap.* publicè interesse ut dotes mulierum sint salvæ *l.1.sol.matrim.* publica nuptiarum utilitas, *l.12.§.13.de capt.& postl.revers.* & expedire Reip. ne quis re sua malè utatur, *§.fin.I.de his qui sui vel alien.jur.* hocque sensu privata itidem per consequentiam publica dicuntur.

Publicum dicitur æquivoce.

Ut & jus publicū.

Quod ad sacra ad sacerdotes.) Jus Publicum definitur *in §.ult.I.h.t.* quod ad statum rei Romanæ spectat. Sub particula *quod* intelligitur genus, jus scilicet. Est enim jus s. jussum & lex constituta (non minus ac jus privatum, *jus* est) de causis vel negotiis publicis, ad publicam utilitatem, adeoque altera & nobilissima illa pars legum circa quas JCto negotium est.

Jus publ. quid.

Ad JCtum pertinet.

Feruntur namque leges non modò de privatorum negotiis sed & de publicis atque civitatum, juxta Aristot. *4. Polit. 1. in f. c. 15. junct. Eod. de mund. c. 6. vers. id autem ratione simili.* Cicer. 1. *de orat. vers. publica quoque jura. junct. l. 13. ibi: lites super jure civitatum sive privatorum. C. de judic. d. §. f. l. h. l. t. §. ff. eod.* Adde his elegantem locum ex Plinio & Demosthene, citatum Grotio *in fl. spars. ad §. f. de I. & I. verb. hujus studii.* & Gellium 10. 20. ubi Atteius Capito JCtus dicitur publici privatique juris peritissimus.

Et sacrum & publicũ in specie.

Latæ itaque de causis publicis leges ad JCtum pertinent, sive sint de sacris, unde *jus* publicum *sacrum*, de personis, rebus ecclesiasticis, & cultu religioso, quod externam Reip. gubernationem attinet, 7. *Polit.* 8. Sive sint de publicis in specie: Idque non solùm ex Digestis & Codice conspicuum est, in quibus multa juris Publici Romani habentur, de ritibus sacrorum, Magistratuum &c. à majestate ita condita, ut non minùs ac quæ de negotiis privatorum sancita erant, in eadem Republica valere debeant, & JCti ea negotiis Reipublicæ obvenientibus applicare, per commodam illarum legum interpretationem. Unde jurisprudentia vocatur rerum divinarum & humanarum notitia, & JCtus juris divini humanique interpres, justum ab injusto, licitum ab illicito in factis publicis non minus ac privatis discernens, *arg. §. 1. Inst. h. l. t. §. 1. eod. l. 23. C. de sacr. sanct. eccles.*

Et vetus & novũ.

Verùm & omnium optimè illud apparet ex jure publico novo. Sic enim Imperator in Republicâ nostra is est, qui secundum constitutionem Aureæ Bullæ (utpote legem latam de publicis) legitimè est electus & coronatus. Electio ut sit legitima, requiruntur (1) personæ eligentes, & (2) persona eligenda (3) modus eligendi legitimus. Electioni fit locus, morte, resignatione & depositione Imperatoris. Aliquandò vivo Imperatore solet eligi Rex Romanorum, qui non aliam quam mandatam habet jurisdictionem. Et hæc omnia ex d. A. B. & jure Publico (constituto) sunt haurienda: non secus ac quæ in nostra Republica sint jura Majestatis inter Imperatorem & status Imperii divisa, quænam illa quæ solus Imperator possidet, in quibus consistat jus Electorale, jus primogenituræ sive Majoratus, in quibus itidem jus superioritatis, Territoriale; die Landes Fürstliche hohe Obrigkeit/ vel die Landes-oder hohe Obrigkeit/ aliàs Landes herrliche Bottmässigkeit: Quale sit jus das Forstrecht und die Forstliche Obrigkeit: it. Ober: und Halßgericht/ Erb: oder Niedergericht: Quæ sint leges & ordinatio judicii Cameralis: Quid jus Comitiorum, jus Consistoriorum, Patronatus, jus Clientelare seu Advocatiæ, jus Monetale, jus collegiorum, Capitulorum, jus Militare, & quæ ejusmodi alia, non nisi ex ipsis Recessibus & actis Imperii publicis Archivisque Principium, consuetudinibus item vel imperii vel provinciarum & statutis aut constitutionibus earundem, addiscenda veniunt. Indeque constat, quod non modò nomen & genus cum jure privato commune habeat jus publicum, sed & idem objectum. actiones hominum de rebus divinis, eundemque finem: præterquam quod hoc principaliter, illud verò per consequentiam ad publicam redundet utilitatem.

Non ad politicã.

A quo verò diversum statuit, ad Politicam id referens Bernh. Sutholt. *diss. 1. aphor.* 43. Equidem nobilissima illa juris portio, circa statum Imperii occupata, non potest non & Politicæ & Historiis esse conjunctissima; indeque operam perdere illum, qui sine harum cognitione vel parum in illa proficere sibi persuadet, ultrò largior. Politicæ namque & Historiarum peritiâ ceu alis instructum esse oportet jurisprudentiæ Studiosum. Attamen exinde jus Publicum non magis ad Politicam est referendum, quàm qui Historiam vel formam Reipublicæ nostræ, exactè licet callet, juris Publici Consultus dicendus, aut historiam veterem Romanam (qua sine juris privati cognitio acquiri nequit) recitare valens, juris privati Consultus appellandus.

Principia j. publ.

Nimirum principia juris publici alia communia sunt alia propria. Illa ex historia dependent, quâ veteri quâ novâ, & prudentia civili. Hæc verò sunt (1) Constitutiones Imperii veteres, præcipuè Goldasto recensitæ, (2) Aurea bulla Car. IV. (3) Capitulationes seu pacta Cæsarea; nunc quoque Instrumentum Pacis anno XLIIX. hujus seculi conciliatæ. (4) Recessus, Ordinationes, reformationes, Edicta Imperii. (5) Illa quæ connexa huic studio & sine quorum exacta cognitione, nemo solidi quidquam in eo præstare potest. Cujusmodi (1) Ordinatio Cameræ Imperialis & Judicii aulici Cæsarei: (2) jus feudale, & ratione investiturarum ac feudorum regalium, annexam dignitatem regalem habentium, & ratione actionum propter feudum comparatarum: (3) jura ecclesiastica, in partibus multis etiam (4) jus privatum; tum quod multa hinc in argumentum rectè vocentur; tum propter quædam communia omni Reip. ut sunt munera, honores, magistratus, leges, hospitationes militares, collectæ, onera, realia, personalia & mixta, jura meri mixtique imperii, jurisdictionis, dignitatum &c. inde cognoscenda; tum vero propter actiones & remedia pro eis plenissime competentia, tam ordinaria quam extraordinaria, petitoria & possessoria; ceu abundè testatum faciunt in primis Gailius, Mynsingerus, Gylmannus, Seilerus, de Benignis, Schvvanman, aliique Cameralium decisionum eximii observatores. Adde Grot. *in fl. sp. ad l. 1. §. 1. h. verb. publicum jus.*

Quæ jura sint omni Reip. cõmunia.

Denique error alterius adhuc refellendus est, qui censet *jus sacrum* ad JCtos non spectare. Est ille Reinhardus Bacchovius ad §. *ult. Inst. de Just. & jur.* qui rationem daturus, quare in Institutis tantùm de jure privato agatur, *nam illud*, ait, *quod olim in sacris occupatum erat, publicum jus, jam explosum & damnatum: & apud Christianos sacrorum tractatio & explicatio ad JCtum non pertinet.*

Resp. Bach. jus sacrum à JCtis eximenti.

Per jus explosum si intelligit quod de sacris Paganorum fuit, verum est quod dicit id jam fuisse damnatum. Si verò id ad JCtos non pertinuisse censet, falsus est. Ulpiano Ethnico *in l. 10. §. fin. h. t.* Jurisprudentia dicitur & rerum divinarum & humanarum notitia; Gajo in *l. 1. ff. de Rer. divis.* res sunt divini vel humani juris; distinctio quoque quâ res dicuntur sacræ, sanctæ, religiosæ, Imperatori *in §. 7. Inst. eod.* ex jure pontificum gentilium desumpta est, *arg. §. 8. eod. tit.* Quod si vetus illud jus ad JCtos spectasse fortè fatebitur Bachovius, ut facit ad *τὰ πρῶτα p. 76.* qui enim aliter effugiet? ratio certè nulla est, cur sacrorum tractationem atque expositionem apud Christianos, ademptam velit JCtis. Vel enim sacra accipit quâ ad verbi divini ministros pertinent, atque ad potestatem circa sacra internam, & tunc absurdissima dubitatio est, ubi de jure publico quæritur, de sacris ejusmodi (diversissimi generis) à pomeriis JCtorum excludendis. Vel sacra vocat jura de sacris constituta, atque injurius sibi ipsi est, JCto, totique prudentiæ juris.

Jus sacrũ est pars Codicis Justiniani.

Impp. Christiani plurimas de sacris leges tulerunt, maximè Justinianus noster, qui insuper librum Canonum veteris Ecclesiæ universæ publicavit, edidit, nobilissimam illam Codicis sui partem, *Novell.* 131. *c.* 1. Legum namque latio ratione sacrorum, quoad externam quidem Ecclesiæ gubernationem, ad omne id se extendit, quod quocunque modo Reip. utile esse potest, sive cultum ipsum sacrum concernit, sive res ad illum necessarias, sive personas ipsi inservientes. De hisce omnibus, ubi opus, leges

facere

facere ut jus fuit majestati civili seculo IV. V. VI. ad Justinianum usque (de cujus sanctionibus quæstio erat Bacchovio,) ita & postea fuit, & nunc usque est. Cùm enim sine fide atque religione nulla societas salva esse queat, eaque adeo tanquam fundamento unicè nitatur civilis communio, Reip. quoque plurimum interest, ut cultus divinus bene se habeat. Hinc Aristoteli 7. *Pol.* 8. dicitur primum esse & præcipuum *ἡ περὶ τὸ θεῖον ἐπιμέλεια*, cura circa divina: & 7. *Eud. ult.* vocatur optima vivendi ratio quæ ad Deum considerandum maximè facit, pessima verò dicitur quæ à considerando colendoque Deo avocat. Absolutè consideratum jus sacrum est I. de cultu religioso in se spectato. II. de personis illi cultui dicatis, sacrorum antistitibus: III. de rebus ad cultum illum necessariis. IV. de judicio coactivo. De jure Justinianeo sacro, quod ad eadem capita commodè revocatur, vide sis nostr. disp. ad Cod. 2. *th.* 14. *& seqq.* Joanni Paulo Windeccio illud vocatur Theologia JCtorum sing. tract. de ista edito, in quo leges Justiniani & aliorum sacras impudente facto flectere & detorquere in sensum contrarium adversus Lutheranos nequicquam nititur. Legum ergo sacrarum tractationem & interpretationem ad JCtos non posse non pertinere dicendum est.

Capita 4. juris sacri.

Theologia JCtor.

Facile ut intelligi possit.) Nititur ostendere jus publicum ex principiis naturalibus, gentium & civilibus non esse deductum (1) quod non aptetur ad æquum & bonum, sed ad statum Reip. & quod illi utile est: (2) quod tempore Justiniani jus publicum Romanum vetus quoad jura sacrorum magna ex parte, vel à Constantini M. tempore fuerit abrogatum, ut & jura magistratuum veterum antiquata. Sed respondetur ad 1. in thesi æqualitas requiritur & in privato & publico jure, ceu de hoc affirmat ipse Autor *supr. n.* 12. *vers. caussa formalis.* & illud quod Reip. utile, non modò ex civilibus sed ex naturæ legibus desumendum est, sec. Aristot. 1. *pol.* 2. attamen in utroque illo æqualitas in hypothesi & ratione circumstantiarum sæpe variat. In jure privato fit illud in usucapione: in publico toties quoties bonum commune s. utilitas publica suadet ab æqualitate naturali nonnihil deflectere. Respondeo ad (2) & jus privatum abrogari posse §. *pen. I. h. t.* quod tamen nihilominus est ex præceptis naturæ gent. & civilibus. Et juribus sacrorum veterum mutatis non tamen mutata est ipsa religio, sed mansit, saltim pro idolomania vera religio fuit substituta: Ita & veteribus magistratibus abrogatis & substitutis novis, mutata saltim est forma Reip. mansit ipse ordo parentium & imperantium, omni Reip. naturalis. Rectior itaque sententia est, etiam jus publicum sive vetus sive novum, ex principiis naturæ, t. gent. & civ. constare, proindeque illud non minus dividi posse in naturale, gent. & civile. Enimverò (1) nonnulla *animalia habent societates & quandam etiam imperii formam*, ut apes *c. apibus* 7. *q.* 1. liberorum procreatio & educatio jus publicum ordinat. In his itaque est Simulacrum quoddam juris naturalis impropriè dicti, *arg. pr. I. d.* t. *n. g. &c.* (2) juris naturalis propriè dicti est ipse ordo parentium & imperantium, quo sine nulla Resp. consistere potest, adeoque nec publicum jus esse: (3) ex i. gent. profluxere civitates, magistratus, leges, jura sacrorum *l.* 5. *h. t.* jus legatorum mittendorum *l. f. de legation.* bella *d. l.* 5. *h.* pacta publica *l.* 6. *de pact.* (4) jus publ. etiam ex institutis honestis aliorum populorum (adeoque ex legibus civilibus) formari solet, & constat Romanos sibi plurima sumpsisse ex Græcorum, Sabinorum & aliorum populorum legibus. Vid. Obrecht. *disp.* 1. *th.* 14. *& seqq.* Dissentit Aut. *h.* & alii indistinctè hoc negantes. Aliter Timæ. Fab. *disp. anniverf. ad inst. disp.* 1. *th.* 11. sententiam nostram restringens ad præcepta jur. gent. & civilia. Consentit verò nobiscum Dn. Ludvvell. *comm. ad* §. *f. I. h. t.* Dn. Mauric. *diss. de princ. jur. publ. c.* 3. *n.* 2. *& seqq.*

I. publ. est ex principiis j. nat. gent. & civ.

Homo cum primò aspicitur ut animal.) Verùm satis inconcinna est hæc consideratio (1) quia homo quà animal, non magis jure indiget quàm eâ ratione quâ est corpus vivens: (2) idem quà vivit ut animal, disciplina non opus habet, nisi, ut rectè Bach. etiam asinos & alias bestias ad scholas mittamus: (3) quoniam jus gent. ad hominem quà talem, ceu hic opinatur Autor, non pertinet, sed quà est homo politicus, in civitate constitutus. Rectius itaque dixeris, pro divisione *juris in n. g. &c.* & pro defendendo Imperatore in §. *f. I. h. t.* quod sit à causa eff. desumta, nec tamen generis in species, sed vocabuli æquivoci in sua æquivocata. Nam gentium & civile propriè jus est, at ibi naturale quod dicitur, non item.

Ratio de divis. quo ad I. nat. gent. & civ.

Jus naturale est inquit ICtus.) Removenda ante fuisset definiti ambiguitas. Sumitur autem jus naturale (1) materialiter pro ipso æquo & bonu, *arg. l. pen. h. t.* & convertitur cum æquitate naturali, *arg. l.* 1. *de pact. l.* 1. *de minor. & pass.* (2) pro actu, h. e. lege s. jussu, & tum iterum accipitur (1) propriè pro ipso jure naturæ, §. *pen. de i. n. g. &c.* (quod aliis jus gentium primævum §. 1. *eod.*) & quod divinâ providentiâ constitutum, seu Natura h. e. Deus dictavit, *d.* §. *pen. &* §. 1. *inf. de rer. div.* In *d.* §. 1. *& l.* 9. *h. abusu gent.* describitur: (2) late, pro eo jure quod per gentes constitutum est, (atque aliis secundarium indigitatur) §. 11. *de rer. div. junct.* §. *f. de us. & hab.* (3) impropriè & per analogiam pro simulacro juris, *pr. I. de i. n. g. &c.*

Jus nat. ambig.

Quod natura omnia animantia docuit.) Quæri hîc solet, *an jus naturale hoc modo definitum proprie sit jus?* Quod ex veriori sententia simplic. negatur, (1) quia omne jus propriè tale est rationis, & inter eos qui certâ ratione inter se sunt conjuncti, Aristot. 5. *Ethic.* 10. unde etiam omne jus ad homines refertur, *l.* 2. *de statu hom.* (2) quia in brutum non cadit injuria, *l.* 1. *si quadr. paup. fec.* (3) quæ in brutis videntur esse juris, non sunt ex cogitatione aut electione, judiciove, sed partim *à sensuum perfectione*, partim ab *habitudinis temperatura*, partim *à spiritus subtilitate s. impetu ac instinctu naturæ excitantur*. Vid. Obrecht. *disp. feud.* 1 a. *de bell. th.* 65. *& seqq.* Hincque Ames. *de consc. & ei jur. lib.* 5. *c.* 1. *n.* 13. in brutis, ait, animalibus juris ratio propria non magis habet locum quam in plantis aut reb. inanimatis. Quia neque ratio distinguens aut bonum & malum, neque voluntas aut electio unius præ alio, neque denique justitia ulla brutis magis quàm inanimatis inest rebus. Hæc Ames. Impropriè enim dicitur jus naturale, illud quod est juris naturalis simulacrum, dum ipse Imp. *pr. inst. t. de n. g. & civ.* dicit animalia peritiâ istius juris censeri, i. e. æstimari & admirationi esse, ut rectè explicat Sutholt. *diss. ad Inst.* 1. *aphor.* 80. Diss. Dd. variè. Aut. & Bachovius jus hoc ad inclinationes & instinctus naturales referunt; verùm minùs rectè. Instinctus per se jus non faciunt, nec differunt ratione causæ efficientis essentialiter (h. e. sive in brutis sint, sive in hominibus) sed ratione actuum: tum enim boni sunt, si homo recta ratione illos moderetur & bonos faciat. Et hoc exinde est quod instinctus ilIiusmodi cum animalibus communes, non sint ex ratione sed sensualitate: hactenus autem homo magis pronus est ad vitium quàm ad virtutem. Unumquodque enim id appetit quod naturæ suæ est convenientissimum: sensitivo autem appetitui id quàm maximè convenit, quod est sensibus gratum & jucundum, seu quod est bonum

An jus in brutis neg.

Inclinationes & instinctus naturales non sunt jus natur.

corporis ac voluptuarium, nosque à bono mentis avertit, ceu ingenuè fatetur ipsemet Aut. *n. 15. sub fine.* Alii jus hoc dici putant metonymiâ causæ effic. pro effecto, quâ est principium juris in defensione, libertate, conjugio &c. Nonnulli jus hoc esse materialiter existimant non formaliter, quod forma juris, ratio sc. non sit in brutis. Gœhaus. *p. 1. perit. Acad. q. 2.* Sed & hoc utroque modo jus dicitur impropriè. Neque, si accuratè velimus loqui, materiale juris in brutis potest existere, *cum jus materialiter consideratum sit illud quod justum est, vel saltem δίκαιον,* æquum & bonum, sec. not. *supr. h. 11. verb. variè quoque.* Denique Gregor. Lopez. *lib. sing. animadv. c. 2.* eumque secuti alii valde contendunt, jus naturale hic definitum propriè esse jus, & propriè brutis competere, triplici ratione, (1) quod *in pr. l. de i. n. g. & c. & l. 1. §. 3. h. t.* vocabulum juris sit propriè intelligendum, *arg. l. 69. pr. de leg. 3.* (2) quod jura omnia promanent ab æterna lege s. summâ ratione in Deo existente: (3) quoniam in causa efficiente juris naturalis s. ordinante quidem requiratur ratio, sed non in subjecto illo cui jus datur. Verum I. ratio tum demum obtinet, si & subjectum hoc admittat; Jam verò ipsemet Imp. *d. pr. de i. n. g. & c.* animalia dicit juris peritiâ censeri, non revera esse. Neque in jure nostro propriæ saltim sed & æquivocæ, metaphoricæ atque impropriæ existunt prædicationes. II. ratio si locum haberet, sequeretur non modò in brutis jus esse, sed & in plantis atque *omnibus iis quæ animam habent* vegetantem; *nam & hæc ab æterna lege promanare & ordinari indubium est.* Equidem lex æterna ratio gubernativa est totius universi, in mente divina existens, sed quis inde concludet E. propriè etiam jus est, non in brutis modò, sed & in toto universo, adeoque in lapidibus etiam, arboribus, & sic deinceps? Explicat hoc optimè Thom. *1. 2. q. 91. art. 2. lex,* inquiens, *cum sit regula & mensura, dupliciter potest esse in aliquo, uno modo sicut in regulato & mensurato: quia in quantum participat aliquid de regula vel mensura, sic regulatur vel mensuratur. Unde cum omnia quæ divinæ providentiæ subduntur, à lege æterna regulentur & mensurentur, manifestum est, quod omnia participent aliqualiter legem æternam,* in quantum sc. ex impressione ejus habent inclinationem in proprios actus & fines. Inter cætera autem *rationalis natura excellentiori quodammodo divinæ providentiæ subjacet. Et talis participatio legis æternæ in rationabili creatura* lex naturalis *dicitur.* Et porrò *in f. d. art. Etiam naturalia irrationalia participant rationem æternam suo modo, sicut & rationalis creatura: sed quia rationalis creatura participat eam* intellectualiter & rationaliter, *ideo participatio legis æternæ in creatura rationali* propriè lex vocatur; *nam lex est aliquid rationis: in creatura autem irrationali non participatur rationaliter, unde non potest dici* lex, nisi per similitudinem. Ad eundem modum Ames. *de conscient. & ei. jur. lib. 5. c. 1. n. 14. In omnibus tamen,* ait, *rebus est inclinatio, potentia, & operatio, quæ diriguntur certâ ratione, prout convenit earum naturæ & fini, & hoc respectu omnes res creatæ dicuntur habere legem sibi impositam, quæ tamen lex vel jus in ipsis tantum passivè regitur, atque adeò quo ad ipsas per similitudinem, & proportionem lex & jus appellatur. Psalm. 148. 36. Job. 38. 10. 11. 12. Jerem. 33. 20 25.* Et Suarez. *de leg. & legisl. lib. 1. c. 1. n. 2. c. 3. n. 8. Animalia enim bruta,* inquit, *non sunt capacia propriè legis sicut nec obedientiæ; cum nec ratione nec libertate utantur. Efficacia ergo divinæ virtutis & necessitas naturalis, quæ in rebus carentibus ratione inde resultat, per metaphoram lex appellatur. Et licet bruta in hoc differant ab insensibilibus, quod non sola vi naturæ sed etiam cognitione & instinctu naturali ducantur, quo instinctus est illis q. lex, & hâc ratione videatur posse sustineri illud: jus etiam in bruta cadit; tamen nihilominus illa acceptio juris vel legis est simpliciter metaphorica & valde analoga.* Ex his itaque constat inesse alicui rationem *dupliciter (1) quat. ratione quidem aliquid regitur ac movetur, sed ita tamen, ut in se ipso moventem rationem nullam includat: (2) quat. in se ipso quid habet moventem rationem, ex natura ejus rem tanquam in propria sede collocatam.* Illo modo impropriè dicitur inesse ratio, nec modò brutis sed & toti universo: hoc modo propriè & soli homini. Add. Bolognet. *de leg. jur. & æquit. c. 5.* III. ratio omnium levissima est. Nam jus seu lex non est nisi rationis, non modò quà in mensurante est & regulante, sed quoque ut in regulato & mensurato: atque ita quidem ut propriè est in homine, cujus hæc est natura ut rationem habeat. Thom. *de l. & q. 90. art. 1.* Nam juris propriè capax non est nisi natura præceptis utens moralibus, secundùm illud Hesiodi:

Humano generi nam lex datur *à Jove summo,*
Quippe feræ, pisces, avium genus altivolantum,
Mutua se vertunt in pabula, juris egentes
Justitia at nobis, quæ res est optima, cessit.

Lex ad mores refertur & est q. mensura quædam actuum moralium, ita ut per conformitatem ad illam (legem) rectitudinem moralem habeant, & si ab illa discordent, obliqui sint. Vide latè & eleg. hæc propugnantes, Johannem Seldenum *de i. n. & g. juxta discipl. Hebr. lib. 1. c. 4. & 5.* ubi rectè docet nec Ebræos ejusmodi jus hominum & brutorum commune agnovisse; non obstante difficili textu *Gen. 9. 5.* Grotium *d. tr. lib. 1. c. 1. n. 11.* & Dn. D. Georg. Calixtum, *Th. mor. p. 1. p. 46. & 48.* Ideoque jus nec propriè est in brutis, nec inclinatio naturalis in homine jus est, sed quidam actus brutis communes dicuntur juris naturalis impropriè. In dissensum nihilominus iuntur novissimè Jac. Mæsterrius *de iust. leg. Rom. ult. edit. dub. 7. lib. 1.* Hugo de Roy. *d. eo q. iust. l. 1. t. 2.* Mich. de Lun. & Arel. *de rat. imp. l. 2. c. 2.*

Communis omnium rerum usus.) Meritò Autorem notat hic Bachov. Etenim ipse sibi non constans, rerum communionem, quam hic ponit exemplum jur. nat. impropriè *infra. n. 15. vers. hujus partes,* refert ad jus gentium (primævum,) ibique iisdem, ut hic, utitur allegationibus. Certè ex versibus Hesiodi supra constat, quod bestiæ mutua se vertant in pabula, nullâ lege, h. e. rapiant; quod hoc eis sit non juris naturæ, sed natura & naturale. Et *in §. 1. de R. D.* per jus naturale intelligitur non nisi jus gent. primæv. *§. 11. Inst. eod. titul.* Sed & *l. 1. pr. de acq. rer. dom.* nequicquam huc allegatur, nam per jus gentium ibi latè alterum secundarium, quod vocant, significatur.

Ab his principiis distat jus gentium.) Accipitur jus gentium JCtis (1) generaliter, pro eo jure quo gentes *utuntur,* sive ex rationis dictatu, sive ex communi consensu: ita *in l. 1. §. f. & l. 9. h. t. l. 1. de aur. d. & §. 11. l. eod. l. 8. de rit. nupt.* (2) strictiùs & propriè pro eo quod communi gentium consensu *constitutum,* (quod in specie vocatur jus gentium, aliis secundarium) *§. 2. l. de l. n. g. & c. §. 42. de rer. div.* Lex gentium arbitraria quia à gentibus ipsis pro arbitratu constituta (3) Impropriè, quod à Deo ex ratione naturali est (& in hoc significatu priori opponitur, aliis primævum) *ut in §. 1. junct. §. 2. & in §. 1. l. de rer. div.* ubi quod *in fine* vocatur jus gentium, dicitur jus naturale *in pr.* Dici potest lex gentium naturalis. Est enim omnibus gentibus à DEO præscripta, de qua intelligendus Cicero *3. offic.* inquiens omni in re omnium con-

Marginalia:
Jus nec mater est in brutis.
Jus nat. hic definitum propriè non est jus.
Resp. Lopezio dissentienti. ad 1. 2.
Ad 3.
An com. omn. rer. usus huc pertineat.
Jur. gent. ambig.

consensus lex naturæ putanda est. Addi potest, quod jus gent. secundi significatus iterum possit dici dupliciter (1) quod *omnes populi & variæ gentes inter se observant, vel certè observare* solent, ut sunt bella, servitutes, distinctio dominiorum, contractus: (2) quod *singulæ gentes vel populi inter suas* Resp. observant, ut sunt usus pecuniæ, postliminia, emphyteusis, &c. Vid. Suarez. *de legib. lib. 2. c. 19. n.* 8. Ex quib. prius quidem propriè, posterius per quandam similitudinem saltim ita dicitur. Dn. Frantzkius *comm. h. n.* 136. *& seqq.*

Caus. introducti I. gent.

Hoc autem jus) Videri posset gentium jure opus non fuisse, cum, ut singuli homines, ita & populi gentesque sufficienter ordinari possint per rationem naturalem. Sed respondet Suarezius *d. c. 19. n. 9. Ratio hujus juris est*, inquiens, *quia humanum genus, quamvis in varios populos & regna divisum, semper habet aliquam* unitatem, *non solum* specificam *sed etiam q.* politicam & moralem, *quam indicat naturale præceptum* mutui amoris & misericordiæ, *quod ad omnes extenditur, etiam extraneos & cujuscunque rationis. Quapropter licet una quaque civitas perfecta resp. aut regnum, sit in se communitas perfecta & suis membris constans, nihilominus qualibet illarum est etiam membrum aliquo modo hujus universi, prout genus humanum spectat. Nunquam enim illæ communitates adeò sunt sibi sufficiens sigillatim, quin* indigeant aliquo mutuo juvamine, & societate ac communicatione, *interdum ad melius esse majoremque utilitatem*: interdum verò & ob moralem necessitatem. *Hac ergo ratione indigent aliquo jure quo dirigantur, & rectè ordinentur in hoc genere communicationis & societatis. Et quamvis magna ex parte hoc fiat per rationem naturalem*, non tamen sufficienter & immediatè quoad omnia: *ideoque specialia jura potuerunt usu earundem gentium introduci. Nam sicut in una civitate, vel provincia consuetudo introducit jus, ita in universo genere humano potuerunt jura gentium moribus introduci. Et vel maximè, quod qua ad hoc jus pertinent, juri naturali valdè sint propinqua atque facillimam ab eo habeant deductionem.* Hæc Suarezius. Quæ contracta id volunt, quod gentes præter naturale jus causam constituendi hujus juris gentium habuerint (1) usum, (2) necessitatem, ut & eleganter significatur §. 2. *inf. de i. n. g. & c.* Ex illo sunt *gentium discretio* i. e. dispersio nationum in varias provincias, *regna condita* i. e. creationes regnum & principum, jura magistratuum, jurisdictiones: *dominia distincta* h. e. divisio rerum, *agrorum termini* h. e. possessionum distinctio: *ædificia collata* i. e. urbes conditæ & ædificia in quibus homines congregarentur: *commercia* s. permutationes rerum & contractus. Adde jura personarum & rerum, obligationem, actiones seu judicia, religionem legatorum non violandorum. Ex hac promanarunt *bella, captivitates, servitutes, postliminia*, quæque ferè similia his *repressaliæ, arresta*. Conf. Timæ. Fabr. *anniv. disp. 3. th.* 4. Paul. Bul. 1. *subtil. jur.* 17. & Hugo de Roy, qui isthæc omnia ad duo capita refert, *rerum divisionem & sontium punitionem, tr. de eo quod just. lib. 1. t. 4. inf.* Ex quibus tamen hanc rectius dixeris juris esse naturalis, in se & quoad actus substantiam. Nam quod naturam non tam præcipere ut delinquentes puniantur, quàm quo minus id fiat, non vetare, seu jure id fieri pronunciare, dicitur Grotio *de i. p. & b. lib. 2. c.* 20. id exactius consideratum à vero abesse quàm longissimè videtur, divino jure contrarium jubente *Gen.* 9. 5. *Exod.* 21. 12. 14. *Lev.* 20. 4. & ipsa ratione naturali, quæ ex eo quod turpe fugiendum, levi opera colligit sontes puniendos. Modus & determinatio pœnæ saltim dici possunt juris gent. vel civilis. Videsis id

Expl. l. 5. h. t. quæ sint juris gentium.

Ob usum.

Ob necessitatem.

2. capita jur. gent. Hugonis de Roy examinantur.

Sontium punitio ut juris naturalis, ut i. gent.

rectissimè statuentem Dn. Anton. Matth. *de crim. lib.* 48. *t. 19. c. 5. n.* 2. ubi argumentis Grotianis (suppresso quamvis nomine) responsum videbis. Cæterum videtur huc quoque referendus incestus jur. gentium prohibitus inter ascendentes & descendentes, *l. f. pr. de rit. nupt. l. 38. §. 2. & 3. ad L. Jul. de adult.* Verum dicitur hujusmodi conjunctio quidem jur. gentium incestus, sed tantùm à posteriori, quod gentibus improbetur: ratio enim prohibitionis ab objecto est & ex jure naturali rationali: Vid. Grot. *de i. p. & b. lib. 2. c. 5.*

n. incestus Int. asc & descend.

Hoc autem jus duplex est) Approbat A. divisionem i. gentium in primarium & secundarium: cujus rationes colligunt præcipuè Tim. Fab. *anniv. disp. 2. th.* 3. Bachov. *ad Tr. disp. 1. th. 4. lit. d. & in prot. p. 24. n. 3.* Sotholt. *diss. 1. aph. 56. & seqq.* Verùm distinctio illa neque realis est neque necessaria. Primævum quod vocant, intrinsecè naturale est & diversi generis, secundarium verò duntaxat gentium est. Et quemadmodum nat. jus unitur in uno auctore s. legislatore & in uno modo, vel vitandi malum quia malum est, vel præcipiendi bonum quia honestum ac necessarium: ita & gentium jus non nisi unicum est, & ratione hominum qui ejus causa & auctores, & ratione modi seu positionis ex qua vim suam habet. Atque hoc ipse A. agnoscit, dicens quod ex simplici hominis naturali notitia fiunt, verè & propriè esse jus naturale. Neque obest quod illud tamen gentium jus nominetur *in cit. §. 1. de i. n. g. & c.* fit enim hoc ex consequenti solùm, quat. gentes eo utuntur, quemadmodum in contingit naturali, *l. 9. in f. h. t.* Proinde quod servus dicitur naturaliter obligari, *in l. 13. de cond. ind. l. 21. §. 2. de fidejuss.* etiam ipsi domino §. 1. *l. eod. d. l.* 56. §. 1. *ff. d. t.* non est ex gentium jure aliquo primævo, sed exinde quod fidem servare juri naturæ sit conveniens. *l. 1. de pact.* unde servi ex contractibus naturaliter, h. e. ex æquitate naturali obligari dicuntur & obligare, Ulpiano *in l. 14. de obl. & act.* civiliter verò non obligantur nec obligant, *d. l.* 14. quia civili jure servi pro nullis habentur, *l. 32. de R. I. junct. l. 3. 4. 7. § pen. de cap. min. l. 4. de stat. hom.* Add. Clariss. D. Ludvvell. *disp. ad Inst. 1. th. 9. lit. a. & comm. ad easd. noviss. edition.* §. 1. & 2. *de i. n. g. & c.* Unicum itaque jus gentium est, quod propriè & secundo significatu definitur, *quod gentes, usu exigente & necessitatibus humanis, (societatis tuendæ causa) constituerunt*, §. 2. *de i. n. g. & c.* Nam definitio Autoris *vers. ab his principiis.* qualem ferè & Mæstert. *de inst. leg. Rom. lib. 1. dubit.* 9. habet, primæ est acceptionis. Sicque sequeretur principia illa universalia: fides servanda est, parentes honorandi, non occides, furtum non facies, qualia memorat A. *vers. ad hoc jus.* propriè jur. naturalis non esse, sed gentium, contra *l. 1. de pact. l. 1. d. const. pec. l. 42. de V. S. l. 1. de furt.* Idemque de decalogi præceptis affirmandum foret. Unde & factum arbitror, quod post Molinam Filliucius *d. tr. 31. c. 1. num.* 12. existimet, JCtos præcepta decalogi sub jure gentium concludere, fortè per *l. 2. h. t.* ubi tamen jus gent. *juxta prac. l. 1. §. f.* latiùs accipitur & in prima significatione, pro jure quo gentes utuntur. Cæterum differt jus gent. à naturali (1) quod hoc à Deo sit, seu divina providentia, *l. pen. de I. n. g. & c.* illud ab hominibus s. humanum, & positivum §. 2. *de i. n. g. & c. l. 1. de a. r. d.* §. 11. *I. eod.* Vid. Domin. à Sot. *de I. & I. q. 5. art. 4. & latius lib. 3. q. 1. art. 3.* Filliuc. *d. de I. & I. tr. 31. c. 1. n. 23.* (2) jus gent. jubendo aliquid facit bonum, & prohibendo facit malum: jus nat. infert necessitatem rei præceptæ ex se & sola natura rei, quæ vel mala sit vel bona: (3) illud non potest esse tam immutabile quàm hoc, constans ex principiis naturalibus. (4) jus nat. in universalitate & communitate

Non est duplex i. gent.

Sed unicũ Quid.

An ICti Decalogũ referant ad jus gent.

Differt hoc a i. nat.

nistratio justitiæ ad JCtum quâ talem propriè non pertineat, sed ad eam prudentiæ juris partem, quæ in magistratu aut judicio est. Unde boni magistratus, boni justitiarii dicuntur, *c. ex literis de pign.* quod justitiam bene administrent. Atque in judicio frequens est clausula libellis aliisve scriptis judicialibus adjici solita: *peto mihi jus & justitiam administrari*; quâ justitiæque administrationem magistratui & judici tribuunt ipsi litigantes, hisque assistentes ipsi JCti, causarum patroni. Wesenbecii rationem de conservanda æqualitate in actionibus hominum & sanitate politiarum perinde ut in corpore humano, per Medicinam, supra removimus *d. n.2.* Ciceroni qui finis, longè non est sufficiens legibus interpretandis, quæ præter ea quæ justitiæ sunt & plurima alia continent virtutum præcepta, imponentia civibus secundum omnes leges vivere, *d. §.pen. de I. & I.* Hæc enim de omnibus virtutibus & vitiis præcipiunt, illas jubendo, hæc autem vetando, Arist. *d. 5. Ethic. 3.* Et Antonius *apud Ciceronem* strictius definit JCtum, salum functionem illam quæ spectat ad privatorum & causas privatas, omittitque nobilissimam juris publici scientiam, quin & Jurisprudentiam Nomotheticam, JCtorum gloriæ subinvidens & iniquè de hac scientia judicans, ut conjectat Dn. Arnoldus Vinnius *ad §. ult. Inst. h.t.* Latissimè verò ista post hæc scripta visus exponit Dn. Henricus Ernestus *in Statera jurisprudentiæ & JCti* dignissimâ quæ ab omnibus legatur, pro dubio & errore illo quo mulo imbuti sunt ea Tullii autoritate, penitus averruncando. Deinde nun hoc agit JCtus ut in hoc vel illud individuum, sed in negotia civilia, h.e. in universam Remp. per exercitas etcbras actiones justitia introducatur, commodâ legum ad factum applicatione. At quando secundum illam interpretationem à JCto factam fertur sententia in invitum, & non parens cogitur, reusque pœnam sustinet, tum actus is quidem adhuc Dicasticus est legum prudentiæ, verum non JCti sed judicis, in eum tamen finem ut & cæteri in Rep. exemplo deterreantur atque ita juste vivant, *In vindicandis namque injuriis*, juxta Senecam *de Clem. lib. 1. c. 20. hæc tria lex secuta est, quæ Princeps quoque sequi debet, ut aut enim quem punit emendet, aut ut pœna etiam cæteros meliores reddat (dum sc. læsis res vel jus restituuntur) aut ut sublatis malis securiores cæteri (& illi qui læsi non sunt) vivant.* Hinc in criminibus puniendis JCtus advocatus, petit à Judice, daß der Thäter mit Exemplarischer Straffe zu belegen: Judex pronunciat, daß derselbe wegen der an N. V. C. begangenen Entleibung/ ihm zu wolverdienter Straffe und andern zum abscheulichen Exempel/ mit dem Schwerd zum Tode zu richten. Deo que licet *pr. I. h. & l. 10. eod.* definita sit justitia particularis, non tamen obest finem juris statuere justitiam universalem. Illa enim maximè præeminens & frequentissimè circa τὰ συναλλάγματα occurrens, finis magis conspicuus est, neque tamen sufficiens, quapropter & altera addenda. Cæterum antequam ab hoc loco de justitia abeamus, addendum nunc est pro meliori nostratum legum philosophantium intellectu, quod præter Universaleio justitiam & eam quam vocant τὴν ἐν μέρει in parte, etiam aliæ sint earum partitiones. Ita enim *in l. 8. C. de legib.* fit mentio triplicis juris, recti, æqui, & stricti: *facit l. 11. de pœn. l. 12. qui & à quib. manum. auth. ex complexu. C. de incest. nupt. l. t. C. de legib. l. 31. depos.* Oritur autem hæc diversitas à formis justitiæ particularis diversis. Etenim (1) alia est *Recta*, ubi voluntas nullo respectu habito rectâ viâ fertur ad id quod recta ratio docet, sequens proportionem quadam arithmeticam. Inde jus rectum, merum *in d. l. 8. d. 16. pr. de minor. d. l. 31 pr. verb. ad merum jus & §. 1. verb. nullo extrinsecus assumpto.* Eodem (regulare,) referri potest

Justitia alia recta, unde jus rectum.

& jus ordinarium, quia sec. communes regulas juris & injuriæ procedit, *d. l. 16.* Item jus leginum dictum Philosopho, cujus correctio est æquitas, *5. Ethic. 14.* ut suum cuique tribuere, reddere mutuum, depositum, *d. l. 31.* Quod ipsum tamen quoque est æquum & bonum, *d. l. 31. §. 1. verb. hæc est bona fides.* (2) alia *Restricta*, cum odio mali rem strictissimè tractamus, unde jus strictum, (restrictum, donum, prædorum, rigorosum, enge/ strenge/ straffes Recht) *d. l. 12. d. auth. d. l. 11. verbo durius Vid. Budæ. in l. t. h. nu. 1.* (3) alia *Benigna* (temperata, remissa, *d. l. 11. de pœn.*) justitia, quæ suum euique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justitioti petitione, *d. l. 31. §. 1. Naturalis, l. 1. de pact. l. 13. §. 7. de excus. tut.* cum voluntas amore boni incitata rem moderatissimè tractat. Unde jus benignum, humanum, summa æquitas, *d. l. 3. pr. l. 2. C. de resc. V.* & benigna interpretatio totius rei æquitas. §. 1. jus justo seu jure (legitimo) melius, *d. 5. Ethic. 14.* Etiam illud quod venit ex gratia, clementia, misericordia, *l. 11. de pœn.* Mildes/ billiges Recht/ mildigkeit/ constitutum extra ordinem, *d. l. 16. de minor.* & ratione singulari, *l. 3. C. de jur. Reip. l. 4. l. 16. de legib. §. 6. in f. d. 1. n. 8. &c.* Et exinde etiam justitia alia naturalis est, alia civilis, à justo, quod rotuplex; *5. Eth. 13. in f. 1. Rhet. 14. d. l. 12. qui & à quib. man. l. 1. de pact.* in sequenti nostra primâ & secundâ juris significatione.

Justitia restricta, unde jus strictum.

Benigna unde jus benignum.

Justitia natur. & civ. unde justum nat. & civ.

N. XIV. *Variè quoque hoc nomen usurpatur.*) Imò accuratissimè hæc ambiguitas erat evolvenda, nam plurimum momenti situm est in illius rectâ & commodâ explicatione, adeò ut putem illum in toto jure cæcutire, qui hæc neglexerit. Sumitur autem vox juris præcipuè his modis (1) materialiter & latè pro *objecto justitia, æquitate*, æquali, seu æquô illo & bono, quod justitia in rebus constituit, *arg. l. 32. de reb. cred. l. 31. depos. l. 15. de adilit. edict. l. 2. §. fin. de oblig. & act.* quod Arist. *5. Ethic. 4.* δίκαιον vocat, opponiturque iniquo, quod injuriam involvit, & ad justitiam particularem pertinet: Scokius *de jur. natural. thes. 1. n. 3.* (2) iisdem materialiter sed latiùs, pro *justo* sive *legitimo*, h.e. quod lege præscriptum est, legive consonat, cui adversatur injustum in illa significatione, qua is qui à lege discedit tojustus dicitur, sec. Aristot. *d. 5. Ethic. c. 1. & 2.* Et ita accipitur jus in tit. de ignor. jur. & facti *in c. jus generale dist. 1.* Vide Molin. *d. tr. 1. disp. 1. vers. divus Thomas & disp. 2. circ. fin.* Valent. *d. disp. 5. q. 1. punct. 1.* (3) jus subinde, neque minùs materialiter, denotat jus constitutum à magistratu alicui *reddendum*, h.e. *facultatem* alicui jure competentem. Quomodo id definiatur Molinæ, dictum est *supr. n. 10. verb. jus suum.* Et ita intelligendum est jus suum in definitione justitiæ, *pr. I. h. l. 10. eod.* jus in re & ad rem. Adde Valent. *d. punct. 1. & q. 7. punct. 2. an oriatur obligatio, & etsi autem.* Less. *de I. & I. l. 2. c. 2. disp. 2.* qui rectè observant divisionem juris in re & ad rem ex modò dicta significatione promanare. Et patet ex Suarez. *de leg. l. 2. c. 17. n. 2.* ubi dicit jus quibusdam significare facultatem ad rem aliquam, vel in re. Ita ferè etiam dicitur jus necessitudinis, affinitatis, *sup. d. l. pen. h. t.* agnationis *§. ult. inst. de legit. agnat. tutel.* cognationis *§. fin. inst. de capit. dimin. l. 223. §. 1. de v. s.* relevationis, deductionis, item actio hoc sensu jus vocatur, *pr. I. de action.* (4) pro actu h.e. *jussu*, sanctione, quæ justum illud præcipit: aliud enim est jus constitutum, aliud id constituendi modus, & ut hic pro jure accipitur. Hinc jus aliud naturale, gentium & civile dicitur, jus Cæsareum & Pontificium, divinum & humanum. Eoque pertinet, quod *l. pen. h. t.* dicitur jus accipi pro jure naturali, civili, & honorario. Nam hæ tres acceptiones communem habent significationem, tametsi eas ut diversas & plures, videatur posuisse Paulus in *l. pen.* quia significatur hic quod constitutum est vel

Ambiguitas voc. juris.

vel à naturâ, vel à civitate, vel à prætore, hoc autem omne verbo generis, dicitur jus. Vid. Douel. 1. *Comm.* 3. & Bacchov. *in πρωτ. tit. de jure n. 1. in pr.* Quin & hoc modo quibusdam jus dicitur, quod singulariter circa rem in individuo est constitutum, ut jus protymiseos sive retractus, jus detractionis, retortionis, jus stapulæ &c. (5) pro *jure reddito* & applicato. *l. 2. §. 13. d. O. I.* quomodò jus etiam est jus iniquum quod prætor decernit, ratione intentionis, *l. pen. h.* (6) pro *loco* in quo jus reddebatur *d. l. pen. h. l. 4. §. 1 de interrog. jur. faciend. l. 1. de in jus voc.* Dissentit ab hâc acceptione Dominic. Soto. *d. art. 1.* (7) jus sumitur pro potestate, quandò personæ quædam dicuntur esse sui juris, quædam alieni, *rubr. inst. de his qui sunt sui vel alieni jur.* (8) pro rebus incorporalibus, *tit. I. de reb. corp. & incorp.* (9) pro titulo, quò quid acquisitum, *l. 10. ibi: non est necesse ei doceri de jure, quò aqua constituta est. si serv. vindicetur. l. ult. ibi: tametsi jus. de aquâ & aquâ pluviâ arcenda.* (10) Denique occasione sex priorum significationum, jus frequentissimè accipitur pro ipsa arte, quâ cognoscitur justum, seu *habitu jurisprudentiæ, rubr. inst. & ff. junct. l. 1. in pr. h. t.* Vide Autor. *h. vers. etenim cum artem.* & Bologner. *d. tr. c. 15. per tot.* Atque ex his nunc in proclivi est judicare, de notatione vocabuli juris quam A. habet *in pr. num. 14.* Nonnulli id primitivum putant. Alii deductum ab illa tragicâ & miserabili voce *iu* ex quâ ipsum verbum ejulare. Sed quod ineptum. Quidam à Jove, omnis juris autore & q. patre. Alii Grammatica notatione id à juvandò derivant, quod inprimis juvet vitam humanam & societatem civilem. Sanè (1) jus acceptum in significatione pro *lege*, non incommodè derivatur à jussu sive jobendo, *arg. l. 7. de leg.* At jus quat. (2) artem vel habitum jurisprudentiæ denotat, est à justitia, Logicâ notatione, *l. 1. in princ. h. t.* quia Jurisp. est de justitia materialiter, sive justo (quod justitiæ præcepta jure contineantur, vel ut Accursius, jurisprudentia est ex justitiæ fontibus) eandem etiam pro fine habet, hæc ipsi formam dat, adeoque causa est jurisprudentiæ. Unde Imper. *in Novell.* 69. ait justitiam à causa nominatam, quod jura (i. e. quæ justa sunt & singulis competunt) singulis tribuat: ita etiam ratio additur ab Ulpian. *in l. 1. h.* quod justitiam colant JCti. Talia autem priora esse arte sive habitu, certum est. Dissentit Greg. Lopez. *lib. sing. animadv. c. 1. n. 1.* & hunc secutus Bacchov. *in proœ. h. d. c. nu. 4. & in not. h.* putantes allusionem tantùm esse, quà jus à justitiâ dicitur. Contrà (3) quat. jus significat ipsum *bonum & æquum*, justitia à jure est, simili notatione, non verò jus à justitia. Quippe æquum & bonum sive jus naturale, innatum cum sit habitu infuso, prius est justitia humanâ (quâ de hîc loquimur) quæ acquiritur per habitum actuum virtuosorum, legi consentaneorum. Cæteroquin hîc faciendum non est cum Charonda *l. 1. verisim. 1.* qui putat disputationem, an jure prior sit justitia, non utiliorem esse quàm eam quæ de ovo & gallina apud Censorinum tractatur. Nam libri JCtorum ab his minutissimis etiam sunt referti, & utilitas patet ex supradictis, apprimè enim ad singulorum intellectum & distinctionem facit. Vid. Anton. Corset. *tr. de minimis.* Andr. Crassi *de Gerundiis* Bapt. à S. Blasio *de Correlativ.* Valent. Forster *libr. obs. successiv. an. 23. 26.*

Jus inquit &c. hoc est scientiam.) Agit hîc definitione juris, quæ duplex est, alia Ulpiani *in l. 1. h.* ubi jus per artem definitur, alia ejusdem *in l. 10.* & Justiniani *in § 1. Inst. eod.* ubi jurisprudentiam definiunt per notitiam & scientiam. Hinc duo hoc loco explicanda sunt 1. definitum 2. ipsa definitio ejusque partes. Circa definitum quæritur, *An jus & jurisprudentia invicem distinguantur, an verò synonima sint?* Posterius placet Autori & rectè, (1) ex argumento à rubrô ad nigrum, *vers. addit autem esse in fin.* (2) quia quæ jurisprudentia dicitur in *rubr. ff. & I. h.* illa iterum jus vocatur in §. 3. *& l. 10. §. 1. eod.* eique præcepta assignantur. (3) Quia JCti promiscuè utuntur voce scientiæ & artis, §. 4. *proœm. inst. l. 2. §. 35. de O. I. l. 91. §. 3. de V. O.* pro habitu quolibet, notitia vel cognitione. E. & hic non aliter accipiuntur; præsertim cum certissimum sit veteres JCtos & in his distinguendis, & in definitionibus ipsis, non satis accuratos esse, imò sæpius unius rei plures existere definitiones, rei per se convenientes. Dissentiunt nonnulli, jus putantes denotare artem ipsam, jurisprudentiam verò ejusdem artis scientiam & cognitionem. Verùm hæc sententia menti Ulpiani *in l. 1. hic* planè videtur contraria: ipse enim cum *in pr.* definisset jus per artem æqui & boni, statim subjicit explicationem & rationem, cujus, inquiens, meritò quis nos sacerdotes appellat, *justitiam namque colimus & æqui notitiam profitemur, æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes §. 1. h. t.* cum quibus re ipsâ convenit, quum *in l. 10. eod.* jurisprudentiam dicit notitiam, justi & injusti scientiam; JCti enim notitiam æqui & boni (quæ modò jus, modò jurisprudentia vocatur) profitentur, ceu rectè animadvertit *Charondas d. c. 1. n. 2. vers. hic igitur artem.* Et tantum definito. Circa definitionem ipsam plura notanda occurrunt. I. *Prudentia* vel *privata* est aliàs *monastica*, præscribens singulis ut privatæ quædam personæ sunt, vel *communis* sive relata respiciens ad alios, & hæc vel ad familiam, vel ad civitatem, quia vel familiæ, vel civitatis curam gerit, earumque commoditates utilitatesque consectatur. Illa ad corporis sustentationem & domestica negotia spectans *Oeconomica* dicitur, hæc ad mores & vitam rectè instituendam, *Prudentia civilis* seu Politica in genere, sec. Aristot. *6. Ethic. 6. Plat. in Polit. p. 190.* Considerat que & præscribit singulis ea, quæ in bonum commune dirigi debent, ut optimè se habeat totum, cuius sunt partes. Differtque ab ea Moralis, quæ unius tantùm hominis emolumenta consectatur; ita ut hæc civis, illa civilis hominis prudentia sit. Nam civis etiam quisque in civitate degens quæ commoda sibi ipsi sunt conectat, atque id studet ut sibi soli virtutes civiles exerceat. Adde isthæc pluribus eleganter exponentem Eustratium *ad d. 6. Eth. 7. vers. atque est quidem.* Civilis prudentia (Politica in genere) iterum duplex est (1) *Nomothetica sive* Legislatoria (aliàs Regnativa & inde Architectonica) quæ leges condit, totamque Rempublicam ordinat, in Majestate residens: (2) *Politica & Civilis in specie sic dicta*, quæ est in subditis & Rempublicam administrat. Vide Molin. *d. tr. 1. disp. 1. pr.* Quod cum fiat per Magistratus & leges, hæc iterum duplex, iuxta Philosophum *d. l. Deliberativa sc. & Judicialis.* Illa, aliàs βουλευτικὴ, Consultativa & Senatoria, est de consultationibus, & quid hoc vel illo tempore utile sit Reipubl. Hæc, aliàs Judiciaria, duas iterùm partes habet; nam versatur vel in iure reddendo & exequendo, vel in iure scriptò dextrè interpretando, atque ad singula facta in foro obvenientia cautim applicando, *l. 2. §. 5. & 13. de orig. Jur. l. 13. de leg. 1. 6. ff. & C. de sent. & exec. rei judic. 4. Pol. 4. 1. Rhet. 1.* Atque ex his quidem concludendum videtur, quod illa disciplina quam nos ius sive iurisprudentiam appellamos, ad solam iudiciariam, sive iudicialis prudentiæ speciem sit referenda, ceu statuit Bernh. Sutholt. *aphor. 4. diff. 1.* A quo vero nonnulli accuratiùs disputantes, divortium fecerunt. Dn. Valentinus Riemerus *dec. 1. quæst. juridic. 1.* quatuor argumentis ex fine iuris universali, latitudine subiecti, legum testimonio, & ab experientia petitis, magnopere nititur ostendere, iurisprudentiam non solùm esse

Ejus notatio.

Synonimum cū jurisprudent. jus.

Prudentia quotupl.

Notandum.

Judiciaria dupl. est.

An iurisp. ad sol. Jud. pertineat, disquiritur. Opin. Sutholte. Rimeti.

esse iudiciariam & consultativam, sed & architectonicam sive legum latricem. Cui videtur reponi posse, quod aliud sit, Prudentiam iuris speciem esse Nomotheticæ, aliud eandem complecti multa ad alias etiam prudentias pertinentia. Prius enim exinde negandum censetur, quod Architectonica illa in sola Maiestate resideat. Posterius verò si concedatur, tamen non sequitur Prudentiam JCti, propriè esse Nomotheticam vel Consultativam. Ideoque fortè distinguendum fuerit, inter id quod primariò fit & per consequentiam; ita, ut JCti, quà talis, Prudentia in legum interpretatione & applicatione consistat, *d.l.*2. §.3. & §.13.*de O.I.* Ergo etiam is, quâ talis, legem non condat; aliud enim sit legem interpretari, aliud condere *l.1.C.de leg.* Neque etiam deliberet vel consultet, quid huic vel illi Reipublicæ utile sit; quia non agat de legibus noviter condendis (nisi ipsi hoc aliâ ratione specialiter mandatum) in primis ubi eius prudentia est individualis. E. nec deliberativa ad eam pertineat, quia Aristot. *d.5. Ethic.*5. agat de ea, ut quis beneficio eius consultat, de illis quæ utilia sunt vel non, Reipublicæ in genere. Neque enim omnis consultatio de legibus ex Senatoria illa promanat. Superesse itaque videtur, dicendum esse, quod iurisprudentia nostra Prudentia sit iudicialis, quia pleraque, & quæ iuris privati, ad iudicia referri soleant, transactionib. sententiisve finienda. Quod autem JCti in legib. passim iuris conditores & auctores appellentur, iidemque non solùm Consiliariorum atque Cancellariorum munere fungantur, præsintque sæpe totis provinciis & ditionibus administrandis, quin & in ipsis Imperii Comitiis, novis Recessibus atque legibus condendis vel soli adhibeantur, illud fieri (1) quod & olim Principes ICtis potestatem dederint leges etiam conscribendi, q. speciali delegatione, *arg.l.1.§.4.C.de v.i.e.l.2.§.47. de orig. iur.l.23 C.de proc.l.1.C.de comm.serv.man.l.25.C.de nupt.l.3.§.5.si pars hered.l.39.de contr.empt.l.32.de usur.l.3.C.de repud.l.1.C.de V.S. & pass.* (2) ob multiiugam legum privatarum publicarumque scientiam, quam callent ipsi (exinde dicti Reichs- und Rechtsgelehrte) quæ teste Arist. 10.*Ethic.ult.4.pol.1. & pass.* plurimùm prosit legibus in Rep. ministrandis. (3) per coniunctissimam huic studio prudentiam civilem: atque ita ex habitu duplicato; qui coniuncti ut fortiores sint, ita & eò maiorem Reip. operam non possint non præstare. Cum enim JCti officium sit leges conditas interpretari (doctrinaliter quidem, h.e. ad principia illa reducere, ex quibus sunt conditæ, earundemque dare rationes, *l.scire.de legib.*) omnino sequitur, eum qui bonus est legum interpres, existere quoque bonum legum conditorem. Accedit quod JCto, lege deficiente subinde ad rationes æquitati convenientes sit confugiendum, quo ipso legem ille reapse condat, non quidem Legislatoria potestate, attamen suâ quâ callet circa leges diffusâ prudentiâ. Enimvero, ut aliorum habituum, ita quoque iuris prudentiæ ingens latitudo est, ad cuius perfectionem requiritur & solidus legum ac consuetudinum in Rep. intellectus, & exigitur ex Philosophia præcipuè practica, probè quæsita eruditio. Etsi enim cuivis non detur quavis in re scientiaque excellere, sua etiam & insignis ab omni ævo fuerit & hodienum sit, legum scientiæ laus & præstantia; tamen pro ut quis assiduè vel minus prædictis incubuerit, habitus quoque iste magis vel minus erit perfectus. Sicque accipiendum illud Rienteri: *& hodiè*, inquientis, *ductu huius disciplinæ, subinde pro varietate variarum circumstantiarum, ut norunt ICti, hinc inde nova finguntur leges, earumque interpretationes, quod certè non ICtorum esse iudicantium, sed Nomothetarum esse fatendum est.* Adeò enim coniunctissima sunt studia Philosophiæ Practicæ & iurisprudentiæ, ut separari non debeant, atque nostra iurisprudentia, etiam Philosophiæ veræ nomine indigitetur *l.1. §.1. h.t.* Nonnihil aliter statuit Christ. Ehemius *d.tr. l.3.c.5.* huncque secutus novissimè Dn. Gothofr. Fibigius *in Coll. legali ad D.Frantzkii Exerc.disp.1. q.2.* iurisprudentiam mediam quandam esse Prudentiam, inter Nomotheticam & Politicam specialem. Ad quæ hæc quidem non minùs reponi posse videntur: (1) quod eiusmodi Prudentia ex sententia Aristotelis non detur: (2) Prudentia iuris non sit nisi in JCtis ceu subditis Reipublicæ & hominibus privatis. E. non possit esse Nomothetica, quæ tantum in Principe resideat, quod Legislatoriæ potissimum officium sit, leges civitati condere modumque condendi præscribere; at JCtus leges non condat, nisi ex accidenti id fiat, ut fatetur ipse Ehemius *d.c.5.in pr.* Verum enim vero negari haud potest, quod ius de omnibus Prudentiis participet, quatenus legislator, JCtus, & Magistratus habent idem genus, subiectum idem, eandem materiam, leges videlicet, actiones civiles, & finem eundem. Dein quamvis iurisprudentia (& JCti in specie sic dicti,) propriè non exequatur, (quod iudicis est) omne tamen huius artificium in cognitione, decisione & executione recta consistens, addiscitur ex iurisprudentia: quibus explicandis præcipua iuris pars de actionibus & iudiciis consumitur. Adhæc non particularia solùm tractant JCti, verùm & universalia, seu, ut Ehem. ait, *d.l.* non solùm generatim naturam legum contemplantur, sed etiam actiones civiles efficiunt in civili societate: quandoquidem præcepta à legislatore præscripta ad causarum disquisitionem & consultationem accommodant. Nimirum & ipsi naturam legis in genere contemplantur, præcipuè verò illam quam à legumlatrice prudentia acceperunt, interpretantur, ita ut ostendant, si fortè de casu obveniente legibus nihil sit cautum, ita tamen ipsum æquum & bonum velle, quod rectæ rationi magis sit conveniens, *arg. sæpe d.l.1.§.1.h.* vel ita lege cautum consuetudineve receptum, quod verba legis hoc dicant, vel hæc sit legislatoris mens, scil. qua verba aut extenduntur aut restringuntur, *arg.l.17. de ll.d.l.2.§.3.12.& 13.de O.I.* Unde patet, JCtum minimè censendum qualicunque legum scientia (ea quippe & à reliquis exigitur civibus *l. leges C.de legib.*) sed facultate interpretandi ex æquitate leges: ad quos scil. articulos vim extendant suam, & in quibus earum potestas deficiat. *Qualis prudentia*, rectè sentiente Diodoro Tuldeno *de iurispr. extemporali p.2.c.1. desiderat & integrum incorruptumque virum, qui naturæ anticipationes clarâ in luce videat, & doctum exercitatumque qui illas adaptare ratiocinando singulis possit.* Eodemque spectat JCti disquisitio & consultatio de negotiis publicis, summa sæpe Regalia, Ducatus, iuraque superioritatis maxima concernens. Proinde non abs re erit dicere, *ius mediam quandam esse* prudentiam *inter* nomothesiam & politicam specialem, *& ab utraque suo modo participare*, verba sunt Magnifici Dn. Frantzkii Fautoris & Amici plurimum honorandi, *viri ἀγίου*, *exerc. iurid.1.qu.2.num.4.8.& 9. ut tamen nihilominus nomothesia à Iurispr. maneat distincta*, (ceu & olim, ubi etiam speciali q. delegatione JCti Principis nomine leges faciebant.) *Etsi enim legislator & princeps quotidie leges ferat & abroget monitu & consilio iurisperitorum, facit tamen hoc omne ex potestate suprema, quam sibi voluit reservatam. Nec magis hinc disciplina quam ICti profitentur, id adscribendum est, quam si in aliis gravioribus negotiis Princeps ductum suorum secutus quid statuat, officio consiliariorum.* Cæterum possint hæc fortè explicatius sic proponi. Initiò certum est, præter Romanorum aliorumque populorum Iuris-

pruden-

Ehemii Fibigii.

Examen prædictorum.

Jurispr. est media iur. nomothes. & Pol. spec.

Sententia Autoritate clarior.

prudentiam, dari & existere aliquam Juris artem absolutam seu Universalem. Etenim I. hanc agnoscit Arist. 6. *Ethic.* 3. 5. *Ethic.* 13. & 10. *Ethic. ult.* inquiens quod difficile sit & *magna sapientia*, & *habitus dignoscendi justa ab injustis*, qui in nudâ justi seu legum cognitione non occupetur: quodque detur *facultas civilis summa, reliquis quid faciendum praescribens & dominans, ars legum latrix* seu conditrix 1. *Ethic.* 1. *vers. cum enim.* 6. *Ethic.* 6. *conf. Buda. in l. f. si mens. fals. mod. Br. in prima figura Tyberiadis Cagnol. sup. proœm. Dig. in § itaque num.* 13. II. Meminit ejusdem prior, quod sciam, Plato *in libris de justo & Republ.* & sequutus est Arist. *dd. loc.* tum etiam 4. *Polit.* 4. ubi de civitate absolutè loquens, dicit *necessarium esse aliquem qui jus dicat & decernat*, quem paulo post vocat *justitiæ exhibitorem*, quique debeat judicare ea quæ per legem terminari non possunt, 3. *Pol.* 16. & 1. *Rhet.* 1. nec non, si legislator, ponendo legem, aliquid omiserit, defectum esse corrigendum, 5. *Ethic.* 14. III. Quæ certâ ratione certisque principiis ex natura notatis constant, ea omnibus Rebusp. sunt communia. Atqui modò dicta Legum prudentia talis est. E. Major à nullo negabitur. Minor probatur, quod *lex, Resp. homines, casus* s. facta eorum, *justitia* (ex quibus constat Jurisprudentia) ratione & naturâ suot, 5. *Ethic.* 10. E. & Jurisprudentia ista ejus est indolis, cujus ejus prima principia. Adde IV. quod alia sit Jurisprudentia, quæ leges Romanorum, alia quæ jus naturale & gentium exhibet: quo pertinet liber Jani Klenckii Institutionum juris naturalis & gentium, ex Grotio conscriptus. Videatur verò hancce Universalem Jurisprudentiam optimè post Joachimum Hopperum *tr. de vera jurisprud.* inculcans & proponens Dn. Henricus Ernestus in Statera Jurisprudentiæ & JCti ante laudatâ.

I. Datur etiam Jurisprud. Romani quædam universalis Legum prudentia.

II. Hæc duplex, Nomothetice & Dicasthce.

Deinde nemo ibit inficias, hujusce Jurisprudentiæ speciem aliam esse *leges condendi & de conditis judicandi*; aliam conditas interpretandi & exsequendi. Illa namque præest Reip. per jura & leges regendæ, gubernandæque, & *Nomothetica* dici meretur, Architectonica, *d.* 1. *Ethic.* 1. *vers. cum enim cæteris activis scientiis*: quam Plutarchus *in Themistocle* dicit à Solone exstitisse, fundatam in eo quod consilio & ratione regatur τὸ leges condere & de conditis judicare: Unde lex ipsa dicta summa ratio Demostheni & summæ Stoicæ sapientiæ Philosopho, Chrysippo *l. 2. de legib.*

Nomoth. in quibus consistat.

Occupatur præcipuè in tribus (1) *In cognitione* eorum quæ (ex naturæ obscuritate eruenda) ad justitiam in Remp. inducendam per leges necessaria sunt ex natura & conditione *justitiæ & injustitiæ, Reip. & legum*, (2) In ipsa Juris legumque condendarum *ratione*; quæ omnis versatur tum in iis quomodo circà unamquamque rem propositam investigetur vel declaretur quid justum vel injustum (ex principiis variis justi & injusti, rebus juri subjectis earumque qualitatibus, nec non quom. hæc invicem rectè conjungantur) probè cognitis; tum *ut leges rectè concipiantur & in Rep. recipiantur*, tum ut *dicta legis rebus & hominibus æquè sint accommodata*. (3) quomodo justitia per leges in Remp. reipsa *inducatur*. Introductione sc. legum, Usu & exercitio, Mutatione & emendatione.

In quib. Dicastice.

Hæc *Dicastice* seu Judiciaria est, quâ opus legibus exequendis & ad affectum deducendis, in Judice & JCto ut Majestatis vicariis, legislatoribusque q. secundariis & succedaneis, conspicua: *l. 2. a. l. 13. de legib. d. 3. polit.* 16. Media ejus duo sunt (1) cognitio & interpretatio legum per Nomotheticam constitutarum. (2) Executio, consistens tum in inducendo eas in Remp. (colligendo, componendo, edendo) tum in Exercitio (judicando, docendo) tum in Succurrendo.

III. Etiamsi de Nomoth.

Porro Nomotheticam quam nominavimus, illa ipsa est quæ Ulpiano dicitur civilis sapientia, & res sanctissima, *in l. 1. § 5. de extraord. cogn.*

agitur in jure Rom. Definitur Celso.

Celso ars æqui & boni, *l. 1. pr. h.* quoad *essentiam & substantiam*, (quæ est ut quod rectum justumque, lege describatur, 2. *Pol.* 7. 7. *Pol.* 14. *Plat.* 1 *de leg.* cujus nobilissima pars Æquitas, utpote jus justo melius, *l. 31. § 2. depos.* 5. *Ethic.* 14.)

& Ulpiano.

Ulpiano quoad *materiam & formam*, dicitur rerum divinarum & humanarum notitia, justi & injusti scientia, *l. 10. § 1. h.* res enim divinæ & humanæ pro materia sunt, justum & injustum pro forma.

Datur alia ejus definitio.

Quoad vim autem s. *effectum, officium & finem* JCti, eadem nihil aliud est, quàm *justitiam per leges in hominem & rempubl. inducendi prudentia*. Ex tribus namque *justitia, legibus* & *Rep.* præcipuè, optimâ harmonia conjunctis hæc ars componitur. Unde & Plato in libris de optimo civitatis statu, de justo, legibus, & Rep. agit.

Ulpiano est vera Philosophia.

Illa ipsa etiam est quæ Ulpiano *in d. l.* 1. § 1. dicitur vera & non simulata Philosophia, h. e. legum & juris Philosophia. Namque hæc in genere est rationis scientia, unde Philosophia juris, quâ quis novit dare rationes legum & juris.

IV. Digesta tractant etiam omni legũ prud. communia.

Insuper Justinianus in Digestis tractat partim illa quæ omni in universum Jurisprudentiæ (adeoque & Quiritum) communia, partim quæ Romanæ propria. Prioris generis sunt tractatus de *justitia & jure, de legib. de hominib. & rebus juri subjectis atque illorum actionibus quat. in Rep. justa sunt vel injusta, & per Magistratus, judices, arbitros dijudicandis t.* 1. 3. 4. 5. 6. 7. 8 & 9. *ac libr. omnib. seqq.*

V. Nec nuda scita legũ sed juris artem veramque philosophiam.

Præterea in Pandectis haud nuda scita legum, ut sunt Decalogus, XII. tabb. statuta, traduntur, sed juris prudentia dicta Universalis atque vera legum philosophia docetur, rationibusque optimis invicem collatis tam Magistratuum quàm JCtorum à multis seculis exculta, constitutione imperatoriâ pro legibus firmatis, proponitur, tantum non & ipsa generalia, quin & Universalissima activæ Philosophiæ præcepta & principia inculcantur.

Juris philosophia quid?

Philosophia namque in genere, ut supra dicebamus, est rationis scientia. Unde juris philosophia illa dicitur, ut ante monitum quâ quis novit dare legum rationes. Quod equidem adeo clarum est, ut pateat ad sensum, oculari rei inspectione fidem faciente.

Solida ratio Jurisp. Rom.

Juxta hæc ergo firmissima principia præmissa colligo, quod non modò solidâ ratione nitatur tradita à Romanis nostra Legum prudentia, tolli mutarivè nesciat, nisi quoad obsoleta, obscura, aut *merè positiva, quæ habet, perpauca*, de quo alibi dicendi locus erit:

JCti ergo propria est omnis circa jura legesque diffusa, & Nomothetica & Dicasthca prudẽtia.

Verùm etiam illud hinc patet, ad scopum nostrum pertinens, quod JCti propria sit omnis quæ circa jus legesque diffusa est prudentia, siquidem perfectus esse velit, debeat. Sive itaque hanc esse prudentiam mediam inter Nomotheticam & Politicam dixeris, sive universalem & in specie Nomotheticam atque Dicasticen vocaveris, perinde est. Neque officit hoc prudentiæ legislatoriæ, *d.* 6. *Ethic.* 6. quia aliud est leges condere jure & imperio, aliud condere prudentiâ & ratione, deque conditis ita judicare.

Resp. ad contraria.

Platoni illud est Majestatis, hoc ejus qui eam artem callet, legum consulti, ut olim Solonis, Lycurgi, jurisprudentum veterum apud Romanos & aliorum fuit, autoritate Imperiali æquè destitutorum, quos longo catologo recenset *comm. in Minoem. Platonis* Marsil. Ficinus *ad p.* 44. Multùm verò minus hoc prudentiæ civili repugnat, quia amplissima hæc facultas plura alia de Senatoria & similibus, quæ ad regendam gubernandamque Remp. faciunt, habet, tractatque, ad leges non spectantia, neque ipsa inde capite minuitur.

Periti Juris Leguleii qui.

Nil quoque mutat, quod multi dentur Periti tantùm juris privati & rerum in foro agendarum, *Pragmatici* vulgò dicti, (quin Rabularii) Rechtserfahrne: alii item *Leguleii, nudi Theoretici, Critici, Philologi*; quia hoc & Medicinæ accidit, & mul-

Quicunque autem legibus ut principiis utitur, ille de inventis non judicat, sed quid juxta leges, in proposito casu sit juris saltim declarat, ostendit *ἐπιτακτικ*. Et verò *ἐπιτακτικὴν* de quo videatur Beatus Horneius *in Ethic. p. 167.* est ordinatè ostendere hoc isto tempore & loco ea ratione omnino fieri debere. Hoc ipsum verò facit omnis JCtus. Vel itaque Legislatoria quoque prudentia nulla est prudentia, vel si talis est, Dicastice quoque talis dicenda est, quia quod illa vult & hæc vult, atque declarat. Et breviter: Quicunque non judicat de aliorum inventis, ejus facultas non est Synesis. At JCtus non judicat de aliorum inventis. E. Præscripta vero juxta quæ JCti agunt, sunt virtutes seu quæ justa & honesta *d. 5. Eth. 1. l. 2. de leg.* Quin & isthæc, ut dictum, jurisprudentiæ Universalis & Romanæ nostræ Justinianeæ conditio est, ut in finibus Dicastices non subsistat, sed *& legum conditricem sapiat*, qualem Prudentiæ nomine venire & esse *ἐπιτακτικὴν*, nemo dubitat. Denique ut servus ille dici non potest qui legibus obsequitur, sed liber est, ita & JCtus præscriptum legis sequens, inventis adstrictus dici non potest. Tantum de I. quod circa definitionem Jurisprudentiæ notandum diximus.

Quomodo jus Ars. II. in *l. 1. h. t.* jus dicitur Ars non propriè & secundum Aristot. *6. Ethic. c. 4.* sed latè accepto vocabulo pro quavis disciplina: *s. habitu multis constante præceptis, certâ quadam methodo comprehensis, ad aliquem finem vitæ & utilem tendentibus*, quod artis est proprium 8. *Topic. 2.* Nec mutat, quod leges quasi opus videri queant Nomothetices juris prudentiæ, & cautiones, judicium, sententiæ, responsa, juris opera, sint *τῆς Δικαστικῆς* 6. *Ethic. 4.* Distinguendum namque est inter operationes Prudentiæ & Artis: in illis ejus essentia consistit, quas edit quidem, verùm haud efficit ut opus à sese distinctum & externum, quod est Artis, cujus opera alioquin prudentiæ operationibus simillima.

Scientia. Scientiam dici posse jurisprudentiam, latissimè pro quacunque rei vera cognitione, indubium est. Meretur verò talis vocari etiam exinde quod sit de iis quæ fiunt *ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ*, ut plurimum, *l. 3. 4. de legib. 5. Eth. 14* quorumque certa est, quamvis non simpliciter absoluta & cathegorica, demonstratio, ut ad t. de Legibus docebitur. Et hæc enim Aristoteli Scientia est, *6. Eth. 3. pr. 11. Metaph. 7. 1. Anal. post c. 25. omnis scientia enim est*, ibi ille inquit, *quod aut est semper, aut ut plurimum: & omnis quâ quippiam demonstratur oratio, constat propositionibus aut omnino necessariis, aut quæ plerumque ita fiunt*: 6. *Top. 3. vers. jam si quis. 8. Top. 2.* [Greek] 6. *Metaph. 6. pr.*

Prudentia. Interim verò, quia ars juris quid agendum vel omittendum sit tractat, *l. 2. in f. de legib.* & in contemplatione non quiescit sed operationibus fungitur, ut in cautionibus contractuum, testamentorum, latione legum, sententiæ, Responsisque (quæ omnia operatur JCtus) conspicuum est, hinc rectissimè omnium illa Prudentiæ nomine audiet, *6. Ethic. 5* ut s. dictum.

Notitia. Notitia porro hîc notionem tantùm denotat rerum divinarum & humanarum, quia scientiæ, quæ est rationis & intelligentiæ, opponitur.

Sapientia. Denique Sapientia jus vocatur ab Ulpiano latè, pro præstanti cognitione de rebus agendis; *in l. 1. §. 5. de var. & extr. cognit.*

Æquum & bonum quid. III. In *ead. l. 1. h.* notandum, quod æquum & bonum *h. in l.* sit conjunctim accipiendum, ceu patet *ex §. 1. & seq.* ubi JCtus definitionem juris explicat *ibi: justitiam namque colimus, æqui & boni notitiam profitemur. eod. tit.* Vid. Lopez. *d. c. 1. nu. 10. & seq.* Quoties enim hæc duo vocabula apud Latinos conjunctim ponuntur, nihil aliud significant, quàm quod Arist. *5. Ethic. 10.* *Ἐπιείκειαν* vocat, id est, moderationem & correctionem juris, sive humaniorem interpretationem scripti, ceu latiùs hoc probat Budæus *in l. 1. h. t.* aliàs æquitas dicitur *l. 15. de legib.* jus naturale *l. pen. h. t.* bona fides *l. 1. §. 1. de act. empt. l. 45. §. 1. locat. conduct.* Quippe ars juris est, leges Reip. ex mente Legislatoris dextrè interpretandi, & ad casus singulares accommodandi, prudentia; quia scire leges non est verba earum tenere, sed vim & potestatem, *l. 17. de leg.* Ita accipitur in *l. 32. de reb. cred.* & aliis *hic alleg. ut l. pen. h. l. 2. de aq. & aq. pluv. arcend.* Dissent. ab his Vulteius, vocem *boni* hîc abundare contendens, aliter Accursius, qui æquum & bonum disjunctim accipit, & hoc pro eo quod utile est, quem sequi videtur Aut *hic.* Sed rectè animadvertit Soto *d. tr. l. 3. q. 1. art. 1.* Accursium hîc hallucinari, & *æquum bonum* pro simplici nomine accipiendum. Aliàs quin hæ voces tum quando distinctim accipi possunt, diversimodè etiam sumantur, nemo dubitat, & hûc pertinet explicatio Autoris *h. v. bonum illud dici potest.* Quod verò ab æquo & bono definiatur humano *in l. 1. pr.* & non à justitia & justo, ut fit, *in l. 10. h.* ratio non alia est, quàm quod æquum bonum itidem quidem justum sit, sed jus justo melius, h. e. nobilissimum, in interpretando utramque paginam faciens, *l. 31. depos. verbis: non detrahatur ab alicujus honestiori petitione, 5. Ethic. 14. verb. jus igitur & æquum & bonum idem est; cum enim utraque honesta sint, æquum & bonum honestius meliusque est. Dubitatio a. hic oritur, quia æquum jus est non secundum legem, sed legitimi juris correctio.* Idem itaque est quod Ulp. *in l. 1. pr. h.* dixit, jus est ars justi & maximè æquitatis: ut definitio sit desumpta à potiori. Add. Bologner. *d. tr. c. 29.*

Quom. differat à justo. Proinde ab æquô bono hoc significatu (1) differt quodammodò jus, h. e. justum seu legitimum (humanum sc. nam justum s. legitimum naturale, quod est rectum secundùm naturalem rationem, in se stabile est, & nunquam deficit, si ratio non erret, propterea que æquitate non indiget, sed est potius illius origo, regula, secundum quam sit construendum) quia ut ait Aristot. *d. l.* quamvis æquum bonum jus sit, non est tamen jus lege constitutum aut legitimum, sed juris legitimi correctio, quà aliquid ei deest. Deinde quia jus (legitimum) semper non est optimum atque rectissimum, sed quandoque ad summam severitatem exigitur & dicitur jus summum, jus strictum *l. placuit. C. de judic.* ut supra diximus.

Habet suos gradus. (2) Æquum & bonum illud s. æquitas, suos gradus habet, nam æquô æquius est *sec. l. 6. §. 5. de Furt. l. 31. depos.* item in stricti juris contractibus non ita exuberanter est æquitas, ac in contractibus bonæ fidei *l. 5. C. de rescind. vendit. junct. l. 8. de cap minut.*

Quid h. res div. & hum. just. & injustitia. IV. verba: divinarum & humanarum rerum it. justi & injusti *in l. 10. h. & §. 1. I. eod.* ad objectum pertinent, illa ad materiale, hæ ad formale; quamvis opinetur Bacchovius in *πρωτ. h. p. 16.* Ulpiano ejusmodi considerandi modum, quem in verbis *just. & injust.* latere modò diximus, in mentem non venisse. Verùm si & alios textus jungamus, quos antevertimus citare *supr. ad §. 3. verb. sic jurispr. finis.* de ea mente satis constabit. Res divinæ hîc publicæ sunt, quæ tum quidem ad Deum ejusque cultum spectant, dictæ *sacræ*, tum autem ad sacerdotes, magistratus & alios qui Dei vices in hac terra obtinent, *in specie publicæ.* Humanæ res sunt res privatæ, quæ ad hominum vitam & convictum tuendum ac conservandum pertinent.

V. genera rer. div & hum. Hæque partim ad *personas*, partim ad *res* (ut illis opponuntur) partim ad utrumque referuntur, ut sunt *judicia.* Adeoque summa divinarum & humanarum rerum capita quinque generibus de *sacris publicis, personis, rebus, & judiciis* continentur.

Ulp. bene hæc novit distinguere. Resp. Bachov. Et qui vero, Ulpiano in mentem non venerit materia circa quam Jus versatur, quam in rebus divinis & humanis

manis consistere ait, & cùm Philosophia generaliter illi est communis. Qui JCtotum præstantissimum, coryphæum ac principem, *vocatum Modestino libr. de excusat.* summi ingenii, *l.un.§.ne autem.C.de v.t.e.* prudentissimum, *l. Divo Marco.C.de quæst.* quin improba Sardanapali facta quotidie emendantem, lateuerit modus & ratio quâ res divinæ & humanæ JCtis in considerationem veniunt? Neque enim hi alia de causa ipsi sunt *Justitiæ sacerdotes, justitiam colentes,* boni & æqui notitiam profitentes, veram philosophiam affectantes, *l.1. §.1.h.* Neque aliter vult legum natura, circa quam usque occupantur JCti, qua de ex Chrysippo Stoico Philosopho Marcianus *l.2. de leg.* lex ait, *est omnium divinarum & humanarum rerum regina, regula justorum & injustorum.* Indeque rectè Montecatin. *in præfat. polit.p.15.* definitio Ulpiani inquit, *d.l.1. §.1.h.* sic intelligenda est: Jurisprudentia est rerum divinarum & humanarum notitia, *quatenus hæ res ad justum injustumque referuntur,* cujus justi & injusti propriè scientia est ipsa prudentia juris. Nimirum quæ prudentiæ Juris in universum, ea hactenus & Romanæ nostræ ratio est. Quod equidem facilè sic evincitur. Primo certum est, τὸ justum in genere æstimari ex eo quod summo bono & virtutibus non contrariatur, pro Reip. utilitate & emolumento. Hoc enim omne intenditur in legibus condendis & in generali Ethica explicatur, *1. Ethic.1. 1. Rhetor.8. verbis: utile autem est quod conservat Remp. statum. Pol.2. verbis: imperare & parere non ex rebus necessariis tantum sed & utilibus 2.Polit.3.& 12.* Justum autem hoc statuitur aliquando rectâ via ex communi & ordinariâ ratione. *3.& 5.de legib.l.16. verbis communi auxilio.de minorib.* unde jus dicitur regulare & ordinarium, *l. regulariter.9. de heredit.pet.* Nonnunquam extra ordinem (obliquè, per circuitiones, anfractus) sine certâ ordinaria ratione quid pro justo habetur, puta ob rei magnitudinem, *t.t.& l.1. §.1.2.3. 4.5.de extr.cognit.* propter rei exiguitatem *l.4. de in integr.restit.l.54.de judic.l.f.C.de ord.judic.l.9.l.10.de dol.mal.l.17.§.2.de instit.act.l.8.depos.l.29. C.ad L.Jul.de adult. l.quoniam. in f. C. de heretic.§ f I.ad L.Aquil. l.55.fam.erc.§.4.I.de off.jud.l.17.l.25.C de usur.* aut ob rei qualitatem, ubi est indifferens, obscura & intricata, dubia & anceps, festinatione indigens, *arg.l.3. de inst.& jur. §.2. I.ad L.Aquil. l.45. §.1. ff.eod.* P. H. O. *art.39.& seqq.c.18.de homicid.t.t. & l.9. §.22. 23.27.de reb.dub.l.3.§.f ad L.Corn.de sicar.l.9.eod.l.2. C desert.l.2.C.quand.lic.un.sin.jud.* R. A. zu Augspurg *de ann.1500.* von den Zigeunern. *l.f.C.de malef.& mathem.l.un. C.de rapt.virgin.l.1. §.27. & 28. de vi & vi arm.l.1.C.und vi.l.7.§.3.quod vi vel clam.l.20. l.21.22. ad L.Jul de adult. N.117. c.15. auth.si quis.C.eod l.f.C. an serv.pro suo fact.l.6 §.3.de senat.syll.l.un.C.de emend. serv.& l.1.quod quis jur.in al stat.* Fr. Br. Landt. A. zu Saltzdalen *de anno 1597. §. 47. vers.* mit den Arresten *O. c. p. 2. t. 22.* Interdum verò ex singulari ratione contra communem tenorem aliquid justum est, *l.14. 15.16.de legib.* exemplo *§.6.I de i.num.g. & c.l.t.pr. & seqq. l.2. l.3.de const.Princ.l.179.l.191.l.196. de R.I.t ff. & C.de castr. pec.1. de testam. milit.l f.C. de testam.l.31. de pœn.& similium.* Indeque justi & injusti principia rectè dixeris, vel ordinaria esse, vel extraordinaria, vel singularia. Sed extraordinaria iterum vel remota & communia sunt facienda, conclusiones ex Metaph. Phys. Mathem. Log. Histor. Philolog. Medicis, *l.10.l.12.de stat.hom.t. de ventr.inspic.* P. H. O. *art.147.&c.* (quæ propria & Juridica fiunt per applicationem.) Vel propinqua & propria sunt: Hæcque vel interna (quæ re ipsa sunt seu rebus ipsis inhærent) puta Naturalia, (in natura ipsa insita) gentium & civilia, *t.de i.n.g. & civ.l.1.de pact. l.10.74. l. 75.de reg.jur.l.5.6.7.8.& 9.h.t.* vel Externa (foris adducta) *l.37. l.38.de legib.* quo spectant & scripturæ, testes, signa, & similia, per quæ fiunt probationes, *t.de fid. instr. t. de testib.* Vel Media, circumstantiis moralib. constantia, quarum sunt septem (ad quas reliquæ facilè revocantur) enumeratæ *in l.28.de pœn.* Secundò quoniam officium JCti in eo consistit, ut per leges in homines & Remp. justitiam inducat, ut supra clarè demonstratum: hinc porro maximè Naturalia justi & injusti principia JCtis illa sunt quæ à legis, hominum ac Reip. & justitiæ natura & conditione proficiscuntur. A natura Reip. deducta sumuntur I. A Deo, *divina*, à quo Resp. promanat, & ad cujus similitudinem homo, (qui est in Rep.) factus, unde & omnia principia inferiora fluunt, exindeque lex dicitur Dei inventum ac munus Demostheni *l.2. de legib.* II. Ex Mundo, *physica s. naturalia* principia, exemplo *§.1.3.12.pr.§.14.15.16.18.20.22.23.24.25. & seqq. usque ad §.34.t.de rer.div l.35.de R.I.l.6. §.2.de jur.patron.l.40.de hær.instit.l.52.C. de ep.& cler. l.3. de tutel.l.23.de lib. & posth. hæred. l.31. de R.I.l.100. l.135. 155.178.182.85.186.188. §.1.l.190. §.1.208.209. eod c. 42.in 6.eod.tit.l.1.qui pot.in pign.* III. ab Homine, *humana*, quoad partes ejus, potentias, passiones, & habitus. Quò spectant præcipue principia humanarum actionum, accuratissimè JCtis considerata, ut in *l.3. 4.5.19.23.36.40.42.pr. l.47. l.48.l.50.l.53.54.55.60. 63.69.76.79.82.100. §.2.l.111.116. 124.129. 131. 132. 134.142.145.156. pr.& §.f.l.157.158.160. 163.165. 167. pr.& §.1.l.169.173.§.2. & 3.l.177.§.1.l.184.l.189 l.195. 198.l.199.l.203.de R.I.l.6.C.si quis alt.* IV. ex Familia & societatibus civil. imperfectis, (mariti & uxoris, patr. & liberorum, dom. & servorum, ancillarum, famulorum) *Oeconomica*, spectantia ad sobolem procreandam, tuendamque, tum ad communem opem & convictum, *t.de his qui sunt sui vel alt. jur.t.de patr.pot. t.de nupt t.de hæred.instit.* V. ex ipsa Republica, *principia politica*, tam ratione constitutionis, quàm partium (imperantium, parentium & mediorum, ut magistratuum, judicum, militum, *t. de senat.& seqq. t.de jurisd.§. ult.I. de i.n.g.& c.1. C.de summ.Trinit.& seqq. de jure sacro.t.10.11.12.l.7.§.1.l.8.h.t.t.de re milit.*) & finium, indigentiam supplendi, tranquille, & justè vivendi: &c. A Lege descendunt, quæ vel à definitione, vel divisionibus sumuntur, *t. de legib.* vel à partibus (procemio, constitutione, sanctione, *vid. leges nonnulla Cod.& Novella*) à virtutibus (quæ jubere, vetare, permittere, *t.7.de legib.*) à formis (ubi constituitur, vel etiam quod idem, confirmatur. *t. de confirm.digest.* tollitur, *t.de L.Fal. Can.toll.* mutatur, *t.de usuc.transf.* vel directè, rectâ via, verbis *jubemus, sancimus &c. C.pass.* vel indirectè judicium dando, exceptionem, replicationem, duplicationem, actionem utilem, subsidiariam, *t.de except. t.de replicat.l.56. §.1.de R.I.§.f.de L.Aquil.* per magistratum, quæ lex loquens, *t.de in int.restit.l.7. §.1.l.8.h.* per legis fictionem, *§.5.quib.mod.patr.pot solv.pr. de excus.tut.§.4.de act.l.4.§ f.de fidei.tut. §.4. de tutel.l.5.de adept.§.5.de act. l.f. §.f.C.de hær.pet.l.1.§.12. de vi & vi arm l.1.C.de donat.§.f.de nupt.*) à gradibus (cum vel non contradicitur, quod in quibusdam pro jussione est, aut non probatur, quod loco prohibitionis *l.11. C. de R. C.* vel cum assensus expressim adhibetur vel denegatur: vel cum ultra assensionem vel dissensionem jussio insuper vel inhibitio vel permissio accedit: Idque ubi (1) quid potius dissuadetur, ut quod pater non prohibetur quidem absolutè filii sponsam ducere, sed rectè tamen facturus sit, si à nuptiis ejusmodi abstinuerit, *l.10.I.de nupt.* (2) simpliciter

Quom. jus Rom. sit just. & inj. sciētia.

Principia just. & inj. ordinaria.

Extraordinaria.

Singularis.

Ord. cōmunia.

Propria quæ interna (ut nat. gent. & civ.)

Externa.

Media.

Naturalia à Rep. quoad Deum.

Mundū.

Hominē.

Familiā.

Ipsam Remp.

Naturalia à Lege.

pliciter & absolutè quid præcipitur vel vetatur, ut hoc facito, illud omittito: *exemplo decalogi, & legum XII. tab. §.1.I.verb.abstinendum est. de nupt.* (3) cum gravius interminatur, ut edico, ut facias, ne facias, *d.decal.* Et quantum ad permissionem attinet, ejus summus gradus est, cum expressè, simpliciter & absolutè aliquid permittitur, quod in iis accidit, in quibus nihil mali: *arg.l.5.de testam. & qui testam.fac.poss.* Medius, cum non absolutè quid permittitur, sed dicitur non vetari tantùm, *l.omne,de R.I.* vel permittitur additâ adhortatione in contrarium, ut *in d.l.10.I.de nupt.* quod in iis locum habet, quæ per se quidem mala non sunt, sed aliquid tamen mali secum trahunt, sic ut per indulgentiam in iis procedatur, *l.26.C.de usur.l.16.§.4. de minor.l.1.verb.permitto tibi.C.de jur.& fact.ign.* Infimus est, cum quid non tam permittitur quàm conniventibus oculis tacitè dissimulatur aut toleratur: quod in iis locum habet, quæ quidem per se mala, aut certè non bona, hominum ob imbecillitatem majoris mali vitandi causâ nonnunquam ferre oportet, ut Romanis fuit concubinatus, *t.de concubinis* ex nudo pacto non dari actionem, *l.7.§.4.de pact.* Denique principia à Justitia deducta vel sunt (1) ipsius justitiæ aut (2) injustitiæ, vel (3) mediorum inter utramque.

Naturalia à justitia & injustitia.

Quæ primi generis, proficiscuntur simili ferè modo ut s. de legibus dictum, vel ab ejus definitione, *pr.l. h.t.* vel divisionibus, ratione *generum* à particulari just. (quod de rebus externis suum cuique tribuendum ratione rerum corporalium & incorporalium) universali, (quod vivendum secundum omnes virtutes.*d.pr.l.15.de condit.instit.§.pen.I.h.t.*) ratione *graduum* (quod quis vel ex se & amore boni justè agat, vel metu pœnæ aut spe præmii, *l.1.§.1.h.*) aut ratione *formarum*, (justitiæ rectæ, restrictæ temperatæ *l.8.C.de cod.l.12.qui & in quib.manum.l.11.de pœn.benign.l.de legib.l.168.pr.& §.1.l.183.l.192.§.1.de R.I.*) à vi & effectibus, & sic deinceps. Secundi generis ab Injustitia petita, continent varia damnorum genera, quæ tam in delictis quàm in contractibus corriguntur & coercentur, *libris 47.& 48.ff.l.9.Cod.& multis aliis quibus de contractibus agitur l.23.de R.I.l.5.commod.* Quò spectat ἄδικον φύσει καὶ τάξει 1. *Reth.*13. injustum naturaliter & civiliter, *l.probrum.de V.S.* Per quæ etiam illa quæ de iis habet Arist.5.*Ethic.*5. perpauca, imò universalissima τῶν συναλλαγμάτων δικαίων καὶ ἀδικίων, summè illustrantur & exponuntur. Tertii generis justa & injusta (secundum quid talia) ferè sex sunt I. Favor, (qui à bono existit) *l.19.de lib.& posth.her.l.25.de legib.l.un. C.de off.Com.sacr.largit.l.125.de R.I.l.32.de pœn.l.47.de O.& A.c.6.de donat.int.vir.& ux.* II. Odium, (quod à malo) *c.odium de R.I.in 6.c.22.de elect.in 6.l.19.de lib.& posth.her.* III. Necessarium aut non necessarium 4. *Metaph.5.Rhet. ad Alex.c.2.l.22. de his quib.ut indign.l.162.de R.I.arg.l.29.C.de jur.dot.c.4.de R.I.in 6.l.7.§.1.quo fatied.cog.* IV. Utile & inutile *Rhet.ad Alex.c.2.l.1.§.17.de aqu.quot.& æst.§.3.de usufr.§.9.de inut.stip.§.1.de oblig.quæ ex q.contr.l.un.§.14.C.de caduc.toll.l.f.comm.de leg.* V. Honestum & inhonestum (absurdum, inhumanum, contra bonos mores,) *l.2.C.de resc.vend.l.15.de condit.instit.Rhet.ad Alex.d.c.2.l.144.l.197.de R.I.§.10.& seqq.de nupt.§.1.vers.idque utilitatis de oblig.quæ ex q.contr.l.quoniam.in f.C.de heret.* VI. Indifferens, (simpliciter tale, ubi perinde est quid statuatur, quodque tale & quo ad actus substantiam & modum, de quo agit Aristot.5.*Ethic.*10.) *arg.l.ult.C.de donat.caus.mort.l.f.C.de codicill.l.21.C.de testam.jund.l.11.de testib.l.20.de legib.* Ita ergo prudentia juris est justi & injusti scientia. Quotuplices sint res, quarum justitiam JCtus æque habere debet, dicetur ad *tit.8.de rer.divisione.*

Justa & inj. sec. quid sex.

Hujus autem studii.) Post ambiguitatem & definitionem, sequuntur nunc in tractatu de jure, ultimò loco divisiones & partitiones. Dividitur autem à JCtis jus præcipuè tripliciter, sed in illo significatu, quâ subinde denotat jussum s. legem præcipientem, à Majestate profectam, (1) à causâ efficiente, in jus naturale, gentium & civile *tit.I.de I.N.G.& C.* (2) ab objecto & fine in publicum & privatum *§.fin.Instit.h.t.l.1.§.2.eod.* (3) Ab Accidente communi in scriptum & non scriptum *§.4.I.h.t.* Hæc enim sunt principia vera harum divisionum, à quibus Autor nonnihil diversus est, sed sine ratione, ut mox demonstrabimus. Ab objecto dependet secunda divisio, quia est partim de rebus divinis, ut supra dictum, quæ in genere publicæ dicuntur, partim de humanis h.e. privatis. A fine, quia in illis principaliter publica respicitur utilitas, in his primario privata. Adeò notabilis hæc & summa est divisio, quoniam omnis legum latio & quodcunque jus in mundo est, illud omne circa res divinas (publicas) & humanas (privatas) tanquam cardines volvitur. Cæterum vox Studii æquivoca est. (1) significat vehementem aliquam occupationem sive diligentiam: (2) disciplinam s. artem cui studemus. Sic dicimus studium juris, studium Philosophiæ. (3) studium juris denotat ipsum jus studio constitutum, & quidem hîc jus Romanum; huic enim (studio in hoc significatu sumpto) omnium optimè applicari possunt prædicta membra divisionum. Cum enim de juris studio agimus, ipsum jus, de quo quæsiti respondent prudentes, intelligimus, quod populi Romani jus appellatur. Charond.*d.l.1.Verisim.c.1.ad verb.privat.jus.* Dissentit Vultej.*inst.h.t.* studium hic significare disciplinam juris putans.

Juris divisiones.

Summa omn. jur. in mundo.

Vox studii ambigua.

Non respectu forma.) Vocabulum publicum valdè ambiguum est, ita ut & subjectum cui additur, non minus homonymum faciat; Unde non solùm res Publica variè dicitur, *arg.l.14.l.pen.de acq.rer.dom.d.§.2.inst.de R.D.* sed & jus publicum, item publicum munus. Attamen publicum jus dicitur præcipue duobus modis (1) in genere, ratione *causæ efficientis*, quod publicâ auctoritate sit constitutum, quomodò jus omne atque ita & privatum jus, publicum est, *arg.l.1.& 2.de leg.* (2) in specie & propriè, ratione *objecti & finis* h.e. quod de rebus publicis est constitutum in Reipublicæ utilitatem, *arg.§.fin.inst.h.t.* In Reipublicæ autem utilitatem quid fieri potest dupliciter (1) quod directè & principaliter concernit emolumentum Reipublicæ, per consequens etiam inservit singulis: (2) quod directò singulis inservit, & secundariò Rempublicam juvat. Illud hujus est loci: quomodò cura itinerum sternendorum murorumque, dicitur publico & civitatibus utilis *Nov.17.c.4.* magistratus persona publica *arg.l.1.§.13.de orig.Jur.* quod publicum privato præferendum, *l.unic.§.14.C.de caduc.toll.* & in genere hoc modo propriè ea dicuntur publica, quæ sunt populi Romani *l.15.& 16.de V.S.* Posteriori modò & per consequentiam dicitur usucapio boni publici causâ introducta *l.1.de Usucap.* publice interesse ut dotes mulierum sint salvæ *l.1.sol.matrim.* publica nuptiarum utilitas, *l.12.§.13.de capt.& postl.revers.* & expedire Reip. ne quis re sua malè utatur, *§.fin.I.de his qui sui vel alien.jur.* hocque sensu privata itidem per consequentiam publica dicuntur.

Publicum dicitur æquivoce.

Ut & jus publicū.

Quod ad sacra ad sacerdotes.) Jus Publicum definitur *in §.ult.I.h.t.* quod ad statum rei Romanæ spectat. Sub particula *quod* intelligitur genus, jus scilicet. Est enim jus i. jussum & lex constituta (non minus ac jus privatum, *jus* est) de causis vel negotiis publicis, ad publicam utilitatem, adeoque altera & nobilissima illa pars legum circa quas JCto negotium est.

Jus publ. quid.

Ad JCtos pertinet.

Feruntur namque leges non modò de privatorum negotiis sed & de publicis atque civitatum, juxta Aristot. 4. *Polit.1.in f.c.15.junct.Eod.de mund.c.6.vers. id autem ratione simile.* Cicer. 1. *de orat.vers.publica quoque jura. junct.l.13. ibi: lites super jure civitatum sive privatorum. C.de judic.d.§.f.l h.l.1.§.ff.eod.* Adde sis elegantem locum ex Plinio & Demosthene, citatum Grotio *in fl. sparsf.ad §.f.de I. & I.verb.hujus studii.* & Gellium 10. 20. ubi Atteius Capito JCtus dicitur publici privatique juris peritissimus. Latæ itaque de causis publicis leges ad JCtum pertinent, sive sint de sacris, unde *jus* publicum *sacrum*, de personis, rebus ecclesiasticis, & cultu religioso, quod externam Reip. gubernationem attinet, 7. *Polit.* 8. Sive sint de publicis in specie: Idque non solùm ex Digestis & Codice conspicuum est, in quibus multa juris Publici Romani habentur, de ritibus sacrorum, Magistratuum &c. à majestate ita condita, ut non minùs ac quæ de negotiis privatorum sancita erant, in eadem Republica valere debeant, & JCti ea negotiis Reipublicæ obvenientibus applicare, per commodam illarum legum interpretationem. Unde jurisprudentia vocatur rerum divinarum & humanarum notitia, & JCtus juris divini humanique interpres, justum ab injusto, licitum ab illicito in factis publicis non minus ac privatis discernens, *arg.§.1.Inst.h.l.1.§.1.eod.l.23.C.de sacr. sanct. eccles.*

Et factum & publicũ in specie.

Et vetus & novũ.

Verùm & omnium optimè illud apparet ex jure publico novo. Sic enim Imperator in Republicâ nostra is est, qui secundum constitutionem Aureæ Bullæ (utpote legem latam de publicis) legitimè est electus & coronatus. Electio ut sit legitima, requiruntur (1) personæ eligentes, & (2) persona eligenda (3) modus eligendi legitimus. Electioni fit locus, morte, resignatione & depositione Imperatoris. Aliquandò vivo Imperatore solet eligi Rex Romanorum, qui non aliam quam mandatam habet jurisdictionem. Et hæc omnia ex d. A. B. & jure Publico (constituto) sunt haurienda: non secus ac quæ in nostra Republica sint jura Majestatis inter Imperatorem & status Imperii divisa, quænam illa quæ solus Imperator possidet, in quibus consistat jus Electorale, jus primogenituræ sive Majoratus, in quibus itidem jus superioritatis, Territoriale; die Landes Fürstliche hohe Obrigkeit/ vel die Landes-oder hohe Obrigkeit/ alias Landes herrliche Bottmässigkeit: Quale sit jus das Forstrecht und die Forstliche Obrigkeit: it. Ober- und Halßgericht/ Erb- oder Niedergericht: Quæ sint leges & ordinatio judicii Cameralis: Quid jus Comitiorum, jus Consistoriorum, Patronatus, jus Clientelare seu Advocatiæ, jus Monetale, jus collegiorum, Capitulorum, jus Militare, & quæ ejusmodi alia, non nisi ex ipsis Recessibus & actis Imperii publicis Archivisque Principium, consuetudinibus item vel imperii vel provinciarum & statutis aut constitutionibus earundem, addiscenda veniunt. Indeque constat, quod non modò nomen & genus cum jure privato commune habeat jus publicum, sed & idem objectum. actiones hominum de rebus divinis, eundemque finem: præterquam quod hoc principaliter, illud verò per consequentiam ad publicam redundet utilitatem.

Non ad politicã.

A quo verò diversum statuit, ad Politicam id referens Bernh.Sutholt. *diss.1.aphor.* 43. Equidem nobilissima illa juris portio, circa statum Imperii occupata, non potest non & Politicæ & Historiis esse conjunctissima; indeque operam perdere illum, qui sine harum cognitione vel parum in illa proficere sibi persuadet, ultrò largior. Politicæ namque & Historiarum peritiâ ceu alis instructum esse oportet jurisprudentiæ Studiosum. Attamen exinde jus Publicum non magis ad Politicam est referendum, quàm qui Historiam vel formam Reipublicæ nostræ, exactè licet calleт, juris Publici Consultus dicendus, aut historiam veterem Romanam (qua sine juris privati cognitio acquiri nequit) recitare valens, juris privati Consultus appellandus.

Principia i. publ.

Nimirum principia juris publici alia communia sunt alia propria. Illa ex historia dependent, quâ veteri quâ novâ, & prudentia civili. Hæc verò sunt (1) Constitutiones Imperii veteres, præcipuè Goldasto recensitæ, (2) Aurea bulla Car. IV. (3) Capitulationes seu pacta Cæsarea; nunc quoque Instrumentum Pacis anno XLIIX. hujus seculi conciliatæ. (4) Recessus, Ordinationes, reformationes, Edicta Imperii. (5) Illa quæ connexa huic studio & sine quorum exacta cognitione, nemo solidi quidquam in eo præstare potest. Cujusmodi (1) Ordinatio Cameræ Imperialis & Judicii aulici Cæsarei: (2) jus feudale, & ratione investiturarum ac feudorum regalium, annexam dignitatem regalem habentium, & ratione actionum propter feudum comparatarum: (3) jura ecclesiastica, in partibus multis etiam (4) jus privatum;

Quæ jura sint omnĩ Reip. cõmunia.

tum quod multa hinc in argumentum rectè vocentur; tum propter quædam communia omni Reip. ut sunt muneta, honores, magistratus, leges, hospitationes militares, collectæ, onera, realia, personalia & mixta, jura meri mixtique imperii, jurisdictionis, dignitatum &c. inde cognoscenda; tum vero propter actiones & remedia pro eis plenissime competentia, tam ordinaria quam extraordinaria, petitoria & possessoria; ceu abundè testatum faciunt in primis Gailius, Mynsingerus, Gylmannus, Seilerus, de Benignis, Schvvanman, aliique Cameralium decisionum eximii observatores. Adde Grot. *in fl. sp. ad l.1. §.2. h. verb. publicum jus.* Denique error alterius adhuc refellendus est, qui censet *jus sacrum* ad JCtos non spectare.

Resp. Bach. jus sacrum à JCtis eximenti.

Est ille Reinhardus Bacchovius ad §. *ult.Inst.de Just.& jur.* qui rationem daturus, quare in Institutis tantùm de jure privato agatur, *nam illud*, ait, *quod olim in sacris occupatum erat, publicum jus, jam explosum & damnatum: & apud Christianos sacrorum tractatio & explicatio ad JCtum non pertinet.* Per jus explosum si intelligit quod de sacris Paganorum fuit, verum est quod dicit id jam fuisse damnatum. Si verò id ad JCtos non pertinuisse censet, falsus est. Ulpiano Ethnico *in l.10. §. fin.h.t.* Jurisprudentia dicitur & rerum divinarum & humanarum notitia; Gajo in *l.1. ff. de Rer. divis.* res sunt divini vel humani juris; distinctio quoque quâ res dicuntur sacræ, sanctæ, religiosæ, Imperatori *in* §.7. *Inst.eod.* ex jure pontificum gentilium desumpta est, *arg.§.8.eod.tit.* Quod si vetus illud jus ad JCtos spectasse fortè fatebitur Bachovius, ut facit ad *τὰ πρῶτα p.76.* qui enim aliter effugiet? ratio certè nulla est, cur sacrorum tractationem atque expositionem apud Christianos, ademptam velit JCtis. Vel enim sacra accipit quâ ad verbi divini ministros pertinent, atque ad potestatem circa sacra internam, & tunc absurdissima dubitatio est, ubi de jure publico quæritur, de sacris ejusmodi (diversissimi generis) à pomeriis JCtorum excludendis. Vel sacra vocat jura de sacris constituta, atque injurius sibi ipsi est, JCto, totique prudentiæ juris.

Jus sacrũ est pars Codicis Justiniani.

Impp. Christiani plurimas de sacris leges tulerunt, maximè Justinianus noster, qui insuper librum Canonum veteris Ecclesiæ universæ publicavit, edidit, nobilissimam illam Codicis sui partem, *Novell.* 131. *c.* 1. Legum namque latio ratione sacrorum, quoad externam quidem Ecclesiæ gubernationem, ad omne id se extendit, quod quocunque modo Reip. utile esse potest, sive cultum ipsum sacrum concernit, sive res ad illum necessarias, sive personas ipsi intervientes. De hisce omnibus, ubi opus, leges

facere

facere ut jus fuit majeſtati civili ſeculo IV. V. VI. ad Juſtinianum uſque (de cujus ſanctionibus quæſtio erat Bacchovio,) ita & poſtea fuit, & nunc uſque eſt. Cùm enim ſine fide atque religione nulla ſocietas ſalva eſſe queat, eaque adeo tanquam fundamento uniré nitatur civilis communio, Reip. quoque plurimum intereſt, ut cultus divinus bene ſe habeat. Hinc Ariſtoteli 7. *Pol.* 8. dicitur primum eſſe & præcipuum *ἡ περὶ τὸ θεῖον ἐπιμέλεια*, cura circa divina: & 7. *Eud. ult.* vocatur optima vivendi ratio quæ ad Deum conſiderandum maximè facit, peſſima verò dicitur quæ à conſiderando colendoque Deo avocat. Abſolutè conſideratum jus ſactum eſt I. de cultu religioſo in ſe ſpectato. II. de perſonis illi cultui dicatis, ſacrorum antiſtitibus: III. de rebus ad cultum illum neceſſariis. IV. de judicio coactivo. De jure Juſtinianeo ſacro, quod ad eadem capita commodè revocatur, vide ſis noſtr. diſp. ad Cod. 2. *th.* 14. *& ſeqq.* Joanni Paulo Windeccio illud vocatur Theologia JCtorum ſing. tract. de iſta edito, in quo leges Juſtiniani & aliorum ſacras impudente facto flectere & detorquere in ſenſum contrarium adverſus Lutheranos nequicquam nititur. Legum ergo ſacrarum tractationem & interpretationem ad JCtos non poſſe non pertinere dicendum eſt.

Capita 4. juris ſacri.

Theologia JCtor.

Facile ut intelligi poſſit.) Nititur oſtendere jus publicum ex principiis naturalibus, gentium & civilibus non eſſe deductum (1) quod non aptetur ad æquum & bonum, ſed ad ſtatum Reip. & quod illi utile eſt: (2) quod tempore Juſtiniani jus publicum Romanum vetus quoad jura ſacrorum magna ex parte, vel à Conſtantini M. tempore fuerit abrogatum, ut & jura magiſtratuum veterum antiquata. Sed reſpondetur ad 1. in theſi æqualitas requiritur & in privato & publico jure, ceu de hoc affirmat ipſe Autor *ſupr. n.* 12. *verſ. cauſſa formalis.* & illud quod Reip. utile, non modò ex civilibus ſed ex naturæ legibus deſumendum eſt, ſec. Ariſtot. 1. *pol.* 2. attamen in utroque illo æqualitas in hypotheſi & ratione circumſtantiarum ſæpe variat. In jure privato fit illud in uſucapione: in publico toties quoties bonum commune ſ. utilitas publica ſuadet ab æqualitate naturali nonnihil deflectere. Reſpondeo ad (2) & jus privatum abrogari poſſe §. *pen. I. h. t.* quod tamen nihilominus eſt ex præceptis naturæ gent. & civilibus. Et juribus ſacrorum veterum mutata non tamen mutata eſt ipſa religio, ſed manſit, ſaltim pro idolomania vera religio fuit ſubſtituta: Ita & veteribus magiſtratibus abrogatis & ſubſtitutis novis, mutata ſaltem eſt forma Reip. manſit ipſe ordo parentium & imperantium, omni Reip. naturalis. Rectior itaque ſententia eſt, etiam jus publicum ſive vetus ſive novum, ex principiis naturæ, 1. gent. & civ. conſtare, proindeque illud non minus dividi poſſe in naturale, gent. & civile. Enimverò (1) nonnulla *animalia habent ſocietates & quandam etiam imperii formam,* ut apes *c. apibus* 7. *q.* 1. liberorum procreatio & educatio jus publicum ordinat. In his itaque eſt Simulacrum quoddam juris naturalis impropriè dicti, *arg. pr. I. d.* t. *n g. &c.* (2) juris naturalis propriè dicti eſt ipſe ordo parentium & imperantium, quo ſine nulla Reſp. conſiſtere poteſt, adeoque nec publicum jus eſſe: (3) ex 1. gent. profluxere civitates, magiſtratus, leges, jura ſacrorum *l.* 5. *h. t.* jus legatorum mittendorum *l. f. de legation.* bella *d. l.* 5. *h.* pacta publica *l.* 6, *de pact.* (4) jus publ. etiam ex inſtitutis honeſtis aliorum populorum (adeoque ex legibus civilibus) formari ſolet, & conſtat Romanos ſibi plurima ſumpſiſſe ex Græcorum, Sabinorum & aliorum populorum legibus. Vid. Obrecht. *diſp.* 1. *th.* 14. *& ſeqq.* Diſſentit Aut. *h.* & alii indiſtinctè hoc negantes. Aliter Timæ. Fab. *diſp. anniverſ. ad inſt. diſp.* 1. *th.* 11. ſententiam noſtram reſtringens ad præcepta jur. gent. & civilia. Conſentit verò nobiſcum Dn. Ludvvell. *comm. ad* §. *f. I. h. t.* Dn. Maurit. *diſſ. de princ. jur. publ. c.* 3. *n.* 2. *& ſeqq.*

I. publ. eſt ex principiis j. nat. gent. & civ.

Homo enim primò aſpicitur ut animal.) Verùm ſatis inconcinna eſt hæc conſideratio (1) quia homo quà animal, non magis jure indiget quàm eâ ratione quâ eſt corpus vivens: (2) idem quà vivit ut animal, diſciplina non opus habet, niſi, ut rectè Bach. etiam aſinos & alias beſtias ad ſcholas mittamus: (3) quoniam jus gent. ad hominem quà talem, ceu hic opinatur Autor, non pertinet, ſed quà eſt homo politicus, in civitate conſtitutus. Rectius itaque dixeris, pro diviſione *iuris in n. g. &c.* & pro defendendo Imperatore in §. *f. I. h. t.* quod ſit à cauſa eff. deſumta, nec tamen generis in ſpecies, ſed vocabuli æquivoci in ſua æquivocata. Nam gentium & civile propriè jus eſt, at ibi naturale quod dicitur, non item.

Ratio de diviſ. quo ad 1. nat. gent. & civ.

Jus naturale eſt inquit JCtus.) Removenda ante fuiſſet definiti ambiguitas. Sumitur autem jus naturale (1) materialiter pro ipſo æquo & bono, *arg. l. pen. h. t.* & convertitur cum æquitate naturali, *arg. l.* 1. *de pact. l.* 1. *de minor. & paſſ.* (2) pro actu, h. e. lege ſ. juſſu, & tum iterum accipitur (1) propriè pro ipſo jure naturæ, §. *pen. de i. n. g. &c.* (quod aliis jus gentium primævum §. 1. *eod.*) & quod divinâ providentiâ conſtitutum, ſeu Natura h. e. Deus dictavit, *d.* §. *pen. &* §. 1. *inſ. de rer. div.* In *d.* §. 1. *& l.* 9. *h. abuſu gent.* deſcribitur: (2) late, pro eo jure quod per gentes conſtitutum eſt, (atque aliis ſecundarium indigitatur) §. 11. *de rer. div. inſt.* §. *f. de uſ. & hab.* (3) impropriè & per analogiam pro ſimulacro juris, *pr. I. de i. n. g. &c.*

Jus nat. ambig.

Quod natura omnia animantia docuit.) Quæri hic ſolet, *an jus naturale hoc modo definitum propriè ſit jus?* Quod ex veriori ſententia ſimplic. negatur, (1) quia omne jus propriè tale eſt rationis, & inter eos qui certâ ratione inter ſe ſunt conjuncti, Ariſtot. 5. *Ethic.* 10. unde etiam omne jus ad homines refertur, *l.* 2. *de ſtatu. hom.* (2) quia in brutum non cadit injuria, *l.* 1. *ſi quadr. paup. fec.* (3) quæ in brutis videntur eſſe juris, non ſunt ex cogitatione aut electione, judiciove, ſed partim à *ſenſuum perfectione*, partim ab *habitudinis temperatura*, partim *à ſpiritus ſubtilitate ſ. impetu ac inſtinctu naturæ excitantur.* Vid. Obrecht. *diſp. feud.* 12. *de bell. th.* 65. *& ſeqq.* Hincque Ameſ. *de conſc. & ei jur. lib.* 5. *c.* 1. *n.* 13. in brutis, ait, animalibus juris ratio propria non magis habet locum quam in plantis aut reb. inanimatis. Quia neque ratio diſtinguens aut bonum & malum, neque voluntas aut electio unius præ alio, neque denique juſtitia ulla brutis magis quàm inanimatis ineſt rebus. Hæc Ames. Impropriè enim dicitur jus naturale, illud quod eſt juris naturalis ſimulacrum, dum ipſe Imp. *pr. inſ. t. de n. g. & civ.* dicit animalia peritiâ iſtius juris cenſeri, i. e. æſtimari & admirationi eſſe, ut rectè explicat Sutholt. *diſſ. ad Inſt.* 1. *aphor.* 80. Diſſ. Dd. variè. Aut. & Bachovius jus hoc ad inclinationes & inſtinctus naturales referunt; verùm minùs rectè. Inſtinctus per ſe jus non faciunt, nec differunt ratione cauſæ efficientis eſſentialiter (h. e. ſive in brutis ſint, ſive in hominibus) ſed ratione actuum: tum enim boni ſunt, ſi homo recta ratione illos moderetur & bonos faciat. Et hoc exinde eſt quod inſtinctus ihuiuſmodi cum animalibus communes, non ſint ex ratione ſed ſenſualitate: hactenus autem homo magis pronus eſt ad vitium quàm ad virtutem. Unumquodque enim id appetit quod naturæ ſuæ eſt convenientiſſimum: ſenſitivo autem appetitui id quàm maximè convenit, quod eſt ſenſibus gratum & jucundum, ſeu quod eſt bonum

An jus in brutis neg.

Inclinationes & inſtinctus naturales non ſunt jus natur.

corporis ac voluptuarium, nosque à bono mentis avertit, ceu ingenuè fatetur ipsemet Aut. *n. 15. sub init.* Alii jus hoc dici putant metonymiâ causæ effic. pro effecto, quâ est principium juris in defensione, libertate, conjugio &c. Nonnulli jus hoc esse materialiter existimant non formaliter, quod forma juris, ratio sc. non sit in brutis. Gœhausf. *p. 1. peric. Acad. q. 2.* Sed & hoc utroque modo jus dicitur impropriè. Neque, si accuratè velimus loqui, materiale juris in brutis potest existere, *cum jus materialiter consideratum sit illud quod justum est, vel saltem δίκαιον*, æquum & bonum, sec. not. *supr. h. 11. verb. variè quoque.* Denique Gregor. Lopez. *lib. sing. animadv. c. 2.* eumque secuti alii valdè contendunt, jus naturale hic definitum propriè esse jus, & propriè brutis competere, triplici ratione, (1) quod *in pr. I. de i. n. g. & c. & l. 1. §. 3. h. t.* vocabulum juris sit propriè intelligendum, *arg. l. 69. pr. de leg. 3.* (2) quod jura omnia promanent ab æterna lege s. summâ ratione in Deo existente: (3) quoniam in causa efficiente juris naturalis s. ordinante quidem requiratur ratio, sed non in subjecto illo cui jus datur. Verum I. ratio tum demum obtinet, si & subjectum hoc admittat; Jam verò ipsemet Imp. *d. pr. de i. n. g. & c.* animalia dicit juris peritiâ censeri, non revera esse. Neque in jure nostro propriæ saltum sed & æquivocæ, metaphoricæ atque impropriæ existunt prædicationes. II. ratio si locum haberet, sequeretur non modò in brutis jus esse, sed & in plantis atque *omnibus iis quæ animam habent* vegetantem; *nam & hæc ab æterna lege promanare & ordinari indubium est.* Equidem lex æterna ratio gubernativa est totius universi, in mente divina existens, sed quis inde concludet E. propriè etiam jus est, non in brutis modò, sed & in toto universo, adeoque in lapidibus etiam, arboribus, & sic deinceps? Explicat hoc optimè Thom. 1. 2. *q. 91. art. 2. lex*, inquiens, *cum sit regula & mensura, dupliciter potest esse in aliquo, uno modo sicut in regulato & mensurato: quia in quantum participat aliquid de regula vel mensura, sic regulatur vel mensuratur. Unde cum omnia quæ divina providentiæ subduntur, à lege æterna regulentur & mensurentur, manifestum est, quod omnia participent aliqualiter legem æternam,* in quantum sc. ex impressione ejus habent inclinationem in proprios actus & fines. Inter cætera autem *rationalis natura excellentiori quodammodo divinæ providentiæ subjacet. Et talis participatio legis æternæ in rationabili creatura* lex naturalis *dicitur.* Et porrò *in f. d. art. Etiam naturalia irrationalia participant rationem æternam suo modo, sicut & rationalis creatura: sed quia rationalis creatura participat eam* intellectualiter & rationaliter, *ideo participatio legis æternæ in creatura rationali* propriè lex vocatur; *nam lex est aliquid rationis: in creatura autem irrationali non participatur rationaliter, unde non potest dici* lex, nisi per similitudinem. Ad eundem modum Ames. *de conscient. & ei. jur. lib. 5. c. 1. n. 14. In omnibus tamen,* ait, *rebus est inclinatio, potentia, & operatio, quæ diriguntur certâ ratione, prout convenit earum naturæ & fini, & hoc respectu omnes res creatæ dicuntur habere legem sibi impositam, quæ tamen lex vel jus in ipsis tantum passivè regitur, atque adeò quo ad ipsas per similitudinem, & proportionem lex & jus appellatur. Psalm. 148. 36. Job. 38. 10. 11. 12. Jerem. 33. 20 25.* Et Suarez. *de leg. & legisl. lib. 1. c. 1. n. 2. c. 3. n. 8. Animalia enim bruta,* inquit, *non sunt capacia propriè legis sicut nec obedientiæ; cum nec ratione nec libertate utantur. Efficacia ergo divinæ virtutis & necessitas naturalis, quæ in rebus carentibus ratione inde resultat, per metaphoram lex appellatur. Et licet bruta in hoc differant ab insensibilibus, quod non sola vi naturæ sed etiam cognitione & instinctu naturali ducantur, quis instinctus est illis q. lex, & hâc ratione videatur posse sustineri illud: Jus etiam in bruta cadit; tamen nihilominus illa acceptio juris vel legis est simpliciter metaphorica & valde analoga.* Ex his itaque constat idesse alicui rationem *dupliciter (1) quat. ratione quidem aliquid regitur ac movetur, sed ita tamen, ut in se ipso moventem rationem nullam includat: (2) quat. in se ipso quid habet moventem rationem, ex natura ejus rei tamquam in propria sede collocatam.* Illo modo impropriè dicitur inesse ratio, nec modò brutis sed & toti universo: hoc modo propriè & soli homini. Add. Bolognet. *de leg. jur. & æquit. c. 5.* III. ratio omnium levissima est. Nam jus seu lex non est nisi rationis, non modò quà in mensurante est & regulante, sed quoque ut in regulato & mensurato: atque ita quidem ut propriè est in homine, cujus hæc est natura ut rationem habeat. Thom. *de l. & q. 90. art. 1.* Nam juris propriè capax non est nisi natura præceptis utens moralibus, secundùm illud Hesiodi:

> Humano generi nam lex datur *à Jove summo,*
> *Quippe feræ, pisces, avium genus altivolantum,*
> *Mutua se vertunt in pabula,* juris egentes
> *Justitia at nobis, quæ res est optima, cessit.*

Lex ad mores refertur & est q. mensura quædam actuum moralium, ita ut per conformitatem ad illam (legem) rectitudinem moralem habeant, & si ab illa discordent, obliqui sint. Vide latè & eleg. hæc propugnantes, Johannem Seldenum *de i. n. & g. juxta discipl. Hebr. lib. 1. c. 4. & 5.* ubi rectè docet nec Ebræos ejusmodi jus hominum & brutorum commune agnovisse; non obstante difficili textu *Gen. 9. 5.* Grotium *d. tr. lib. 1. c. 1. n. 11.* & Dn. D. Georg. Calixtum, *Th. mor. p. 1. p. 46. & 48.* Ideoque jus nec propriè est in brutis, nec inclinatio naturalis in homine jus est, sed quidam actus brutis communes dicuntur juris naturalis impropriè. In dissensum nihilominus nititur novissimè Jac. Mæstertius *de just. leg. Rom. ult. edit. dub. 7. lib. 1.* Hugo de Roy. *d. eo q. just. l. 1. t. 2.* Mich. de Lun. & Arel. *de rat. imp. l. 2. c. 1.*

Communis omnium rerum usus.) Meritò Autorem notat hic Bachov. Etenim ipse sibi non constans, rerum communionem, quam hic ponit exemplum jur. nat. impropriì *infra. n. 15. vers. hujus partes*, refert ad jus gentium (primævum,) ibique iisdem, ut hic, utitur allegationibus. Certè ex versibus Hesiodi supra constat, quod bestiæ mutua se vertant in pabula, nullâ lege, h. e. rapiant; quod hoc eis sit non juris naturæ, sed naturæ & naturale. Et in *§. 1. de R. D.* per jus naturale intelligitur non nisi jus gent. primæv. *§. 11. Inst. eod. titul.* Sed & *l. 1. pr. de acq. rer. dom.* nequicquam huc allegatur, nam per jus gentium ibi latè alterum secundarium, quod vocant, significatur.

Ab his principiis distat jus gentium.) Accipitur jus gentium JCtis (1 generaliter, pro eo jure quo gentes *utuntur*, sive ex rationis dictatu, sive ex communi consensu: ita *in l. 1. §. f. & l. 9. h. t. l. 1. de aur. d. & §. 11. I. eod. l. 8. de rit. nupt.* (2) strictiùs & propriè pro eo quod communi gentium consensu *constitutum*, (quod in specie vocatur jus gentium, aliis secundarium) *§. 2. I. de I. n. g. & c. §. 42. de rer. div.* Lex gentium arbitraria quia à gentibus ipsis pro arbitratu constituta (3) Impropriè, quod à Deo ex ratione naturali est (& in hoc significatu priori opponitur, aliis primævum) *ut in §. 1. junct. §. 2. & in §. 1. I. de rer. div.* ubi quod *in fine* vocatur jus gentium, dicitur jus naturale *in pr.* Dici potest lex gentium naturalis. Est enim omnibus gentibus à DEO præscripta, de qua intelligendus Cicero 3. *offic.* inquiens omni jure omnium con-

Jus nec mater est in brutis.

Jus nat. hic definitum propriè non est jus.

Resp. Lopezio dissentienti. ad 1. 2.

Ad 3.

An comm. omn. rer. usus huc pertineat.

Jur. gent. ambig.

consensus lex naturæ putanda est. Addi potest, quod jus gent. secundi significatus iterum possit dici dupliciter (1) quod *omnes populi & varia gentes inter se observant, vel certè observare* solent, ut sunt bella, servitutes, distinctio dominiorum, contractos: (2) quod *singula gentes vel populi inter suat* Resp. observant, ut sunt usus pecuniæ, postliminia, emphyteusis, &c. Vid. Suarez. *de legib. lib. 2. c. 19. n.* 8. Ex quib. prius quidem propriè, posterius per quandam similitudinem saltim ita dicitur. Dn. Frantzkius *comm. h. n. 136. & seqq.*

Caus. introducti I gent.

Hoc autem jus) Videri posset gentium jure opus non fuisse, cum, ut singuli homines, ita & populi gentesque sufficienter ordinari possint per rationem naturalem. Sed respondet Suarezius *d. c. 19. n. 9. Ratio hujus juris est*, itiquiens, *quia humanum genus, quamvis in varios populos & regna divisum, semper habet aliquam* unitatem, *non solum specificam sed etiam* q. politicam & moralem, *quam indicat naturale præceptum mutui amoris & misericordiæ, quod ad omnes extenditur, etiam extraneos & cujuscunque rationis. Quapropter licet una quaque civitas perfecta resp. aut regnum, sit in se communitas perfecta & suis membris constans, nihilominus qualibet illarum est etiam membrum aliquo modo hujus universi, prout genus humanum spectat. Nunquam enim illa communitates adeò sunt sibi sufficiens singillatim, quin indigeant* aliquo mutuo juvamine, & societate ac communicatione, *interdum ad melius esse majoremque utilitatem*: interdum verò & ob moralem necessitatem. *Hac ergo ratione indigent aliquo jure quo dirigantur, & rectè ordinentur in hoc genere communicationis & societatis. Et quamvis magna ex parte hoc fiat per rationem naturalem*, non tamen sufficienter & immediatè quoad omnia: *ideoque specialia jura potuerunt usu earundem gentium introduci. Nam sicut in una civitate, vel provincia consuetudo introducit jus, ita in universo genere humano potuerunt jura gentium moribus introduci. Et vel maximè, quod qua ad hoc jus pertinent, juri naturali valdè sint propinqua atque facillimam ab eo habeant deductionem.* Hæc Suarezius. Quæ contracta id volunt, quod gentes præter naturale jus causam constituendi hujus juris gentium habuerint (1) usum, (2) necessitatem, ut & elegantèr significatur §. 2. *inf. de i. n. g. & c.* Ex illo sunt *gentium discretio* i. e. dispersio nationum in varias provincias, *regna condita* i. e. creationes regnorum & principum, jura magistratuum, jurisdictiones: *dominia distincta* h. e. divisio rerum, *agrorum termini* h. e. possessionum distinctio: *adificia collata* i. e. urbes conditæ & ædificia in quibus homines congregarentur: *commercia* s. permutationes rerum & contractus. Adde jura personarum & rerum, obligationem, actiones seu judicia, religionem legatorum non violandorum. Ex hac promanarunt *bella, captivitates, servitutes, postliminia*, quæque fere similia his *repressalia, arresta*. Conf. Timæ. Fabr. *annot. disp. 3. th.* 4. Paul. Bus. 1. *subtil. jur.* 17. & Hugo de Roy, qui istæc omnia ad duo capita refert, *rerum divisionem & sontium punitionem, tr. de eo quod just. lib. 1. t. 4. inf.* Ex quibus tamen hanc rectius dixeris juris esse naturalis, in se se & quo ad actus substantiam. Nam quod naturam non tam præcipere ut delinquentes puniantur, quàm quo minus id fiat, non vetare, seu jure id fieri pronunciate, dicitur Grotio *de i. p. & b. lib. 2. c.* 20. id exactius consideratum à vero abesse quàm longissimè videtur, divino jure contrarium jubente *Gen.* 9. 5. *Exod.* 21. 12. 14. *Lev.* 20. 4. & ipsa ratione naturali, quæ ex eo quod turpe fugiendum, levi opera colligit sontes puniendos. Modus & determinatio pœnæ saltim dici possunt juris gent. vel civilis. Videris id

Expl. l. 5. & t. quæ sint juris gentium.

Ob usum.

Ob necessitatem.

s. capita jur. gent. Hugonis de Roy examinantur.

Sontium punitio est juris naturalis, m. i. gent.

rectissimè statuentem Dn. Anton. Matth. *de crim. lib.* 48. *t.* 19. *c.* 5. *n.* 2. ubi argumentis Grotianis (suppresso quamvis nomine) responsum videbis. Cæterum videtur huc quoque referendus incestus jur. gentium prohibitus inter ascendentes & descendentes, *l. f. pr. de rit. nupt. l.* 38. §. 2. & 3. *ad L. Jul. de adult.* Verum dicitur hujusmodi conjunctio quidem jur. gentium incestus, sed tantùm à posteriori, quod gentibus improbetur: ratio enim prohibitionis ab objecto est & ex jure naturali rationali: Vid. Grot. *de i. p. & b. lib.* 2. *c.* 5.

Jur. incestus Int. asc & descend.

Hoc autem jus duplex est) Approbat A. divisionem i. gentium in primarium & secundarium: cujus rationes colligunt præcipuè Tim. Fab. *annot. disp.* 2. *th.* 3. Bachov. *ad Tr. disp.* 1. *th.* 4. *lit. d. & in prot. p.* 24. *n.* 3. Sutholt. *diss.* 1. *aph.* 56. *& seqq.* Verùm distinctio illa neque realis est neque necessaria. Primævum quod vocant, intrinsecè naturale est & diversi generis, secundarium verò duntaxat gentium est. Et quemadmodum nat. jus unitur in uno auctore s. legislatore & in uno modo, vel vitandi malum quia malum est, vel præcipiendi bonum quia honestum ac necessarium: ita & gentium jus non nisi unicum est, & ratione hominum qui ejus causa & auctores, & ratione modi seu positionis ex qua vim suam habet. Atque hoc ipse A. agnoscit, dicens quod ex simplici hominis naturali notitia fluit, verè & propriè esse jus naturale. Neque obest quod illud tamen gentium jus nominetur *in cit.* §. 1. *de i. n. g. & c.* fit enim hoc ex consequenti solùm, quat. gentes eo utuntur, quemadmodum contingit naturali, *l.* 9. *in f. h. t.* Proinde quod servus dicitur naturaliter obligari, *in l. 4. de cond. ind. l.* 21. §. 2. *de fidejuss.* etiam ipsi domino §. 1. *l. eod. t. l.* 56. §. 1. *ff. d. t.* non est ex gentium jure aliquo primævo, sed exinde quod fidem servare juri naturæ sit conveniens. *l.* 1. *de pact.* unde & servi ex contractibus naturaliter, h. e. ex æquitate naturali obligari dicuntur & obligare, Ulpiano *in l.* 14. *de obl. & act.* civiliter verò non obligantur nec obligant, *d. l.* 14. quia civili jure servi pro nullis habentur, *l.* 32. *de R. J. junct. l.* 3. 4. 7. §. *pen. de cap. min. l.* 4. *de stat. hom.* Add. Clariss. D. Ludvvell. *disp. ad Inst.* 1. *th.* 9. *lit. a. & comm. ad easd. noviss. edition.* §. 1. & 2. *de i. n. g. & c.* Unicum itaque jus gentium est, quod propriè & secundo significatu definitur, *quod gentes, usu exigente & necessitatibus humanis, (societatis tuenda causa) constituerunt*, §. 2. *de i. n. g. & c.* Nam definitio Autoris *vers. ab his principiis.* qualem ferè & Mæstert. *de just. leg. Rom. lib.* 1. *dubit.* 9. habet, primæ est acceptionis. Sicque sequerentur principia illa universalia: fides servanda est, parentes honorandi, non occides, furtum non facies, qualia memorat A. *vers. ad hoc ius.* propriè jur. naturalis non esse, sed gentium, contra *l. i. de pact. l. 1. d. const. pec. l.* 42. *de V. S. l.* 1. *de furt.* Idemque de decalogi præceptis affirmandum foret. Unde & factum arbitror, quod post Molinam Fillucius *d. tr.* 31. *c.* 1. *num.* 12. existimet, JCtos præcepta decalogi sub jure gentium concludere, fortè per *l.* 2. *h. t.* ubi tamen jus gent. *juxta prac. l. i.* §. *f.* latius accipitur & in prima significatione, pro jure quo gentes utuntur. Cæterum differt jus gent. à naturali (1) quod hoc à Deo sit, seu divina providentia, *l. pen. de i. n. g. & c.* illud ab hominibus s. humanum, & positivum §. 2. *de i. n. g. & c. l.* 1. *de a. r. d.* §. 11. *l. eod.* Vid. Domin. à Sot. *de l. & l. q.* 5. *art.* 4. & *latius lib.* 3. *q.* 1. *art.* 3. Filliuc. *d. de l. & l. tr.* 31. *c.* 1. *n.* 23. (2) jus gent. jubendo aliquid facit bonum, & prohibendo facit malum: jus nat. infert necessitatem rei præceptæ ex se & sola natura rei, quæ vel mala sit vel bona: (3) illud non potest esse tam immutabile quàm hoc, constans ex principiis naturalibus. (4) jus nat. in universalitate & communitate

Non est duplex i. gent.

Sed unicũ Quid.

An ICti Decalogũ referant ad jus gent Differt hoc a i. nat.

munitate ad omnes gentes commune est omnibus, solumque per errorem potest alicubi non servari, jus autem gent. non semper omnibus, sed regulariter & ferè omnibus est commune. Conveniunt tamen utraque jura 1. quod utrumque sit quodammodo commune omnibus hominibus, unde etiam utrumque *gentium* appellatur §. 1. *& 2. de j. n. g. & c. junct. l. 9. in f. h. t.* 2. ratione subjecti. Nam sicut materia jur. gent. inter solos homines locum habet, ita etiam materia j. naturalis hominum propria est. Jung. Hugo de Roy *d. lib.* 1. *t.* 2. §. 4. Cæterum probatur jus gent. ut civile non scriptum, usu continuo & testimonio peritorum, docente Grotio *d. c.* 1. *n.* 14. & Clariss. Pichleto *diss. pol. 3. de j. gent. th.* 9. *&* 10.

Convenientia.

Tribuamus cuique suum) Quamvis enim suum, meum, tuum, profluxisse videntur demum ex distinctis rerum dominiis *arg. l. 5. h. t.* adeoque & præceptum hoc *suum cuique tribuere* primò esse ex jur. gentium; attamen & suâ ratione referri hoc potest ad jus naturale. Quanquam enim olim omnia erant communia, & hactenus videatur non potuisse tunc suum tribui, cum nihil suum esset; tamen eod. tempore ita res fuerunt communes, ut usus universalis existeret instar proprietatis; ideoque dum quis utebatur v. c. re mobili, necdum debebat alter eam auferre, propter usum rei quæ interim utentis erat: unde & furtum jur. nat. est prohibitum. Ex quo verò jam distincta sunt dominia gentium jure, nihilominus hoc præceptum juris naturalis est consecutivè s. reductivè, q[illegible]oluntatis humanæ actus constitutos (dominia) insequitur. Unde nunc nefas esse tibi invito id arripere quod tui est dominii, ipsa indicat naturalis ratio: indeque & hodie post distincta dominia rectè Paulus furtum dicit jur. nat. esse prohibitum *l. 1. de furt.* & Ulpianus id naturâ turpe esse, *l. probrum de* Vid. Grot. *d. c.* 1. *n.* 10.

Meum t. l. cujus jur.

N. XV. *Jus arcessamus naturæ*) Illud hic meretur observari, quod jura JCtis, & Philosophis diversimodè quidem dispescantur, apprimè tamen adinvicem possint conciliari. Ita JCti jus civile h. e. in civitate receptum, *arg. §. 4. vers. dicendum. I. h. §. 3. verb. jus quo utimur. de j. n. g. & c. l. 9. pr. h. t.* (ulitatum) faciunt naturale gentium & civile *t. de j. n. g. & c.* Eodem ferè modo Aristot. 5. *Ethic.* 10. jus politicum (seu civile in genere quo homines in civitate utuntur, reguntur) dispescit in *Naturale* φυσικὸν & *Legitimum* Νομικόν. Illud ipsi est (ab effectu) *quod ubique eandem vim habet, & non quia vel ita videtur vel minimè.* Hoc *quod à principio utrum hoc an illo modo fiat, nihil refert.* Secundùm hæc, naturale jus utrisque unum & idem est: Legitimum verò seu positivum continet gentium & civile in specie sic dictum. Soto *d. tr. lib. 3. q. 1. art. 3.* Suthol*t. d. diss. 1. aphor.* 59. Laur. Arnold. Frey *in collat. Philosoph. moralis cum jure scripto p. 1. pag.* 5. Civile jus strictius pro jure Romano accipit Thom. *comm. ad l. 5. Eth. Tex.* 12. inquiens: *Videtur autem esse contrarietas, quantum ad hoc, quod politicum idem & quod civile, & sic id quod apud Philosophum ponitur ut divisum, apud Juristas videtur poni ut dividens; nam civile jus ponunt partem juris positivi. Sed attendendum est, quod aliter sumitur politicum vel civile hic apud Philosophum, & aliter apud Juristas. Nam Philosophus hic nominat politicum justum vel civile ex usu, quo cives utuntur. Juristæ autem nominant jus politicum vel civile ex causa, quod sc. civitas aliqua sibi constituit. Et ideo hoc eleganter à Philosopho nominatur Legale i. e. lege positum, quod & illi dicunt Politicum.* Verum condonandum est Thomæ, qui ignoravit jus quoque civile & Romanum in genere s. latè dici ab usu *d. §. 3. vers. jus quo utimur. l. 9. verb. utuntur. h. t.* Paulò aliter

Variæ divis. juri.

Jus nat. & legitim.

Conciliatur Thom cū JCtis.

Grotio *d. c.* 1. jus est *Naturale* & *Voluntarium*, & hoc vel *divinum* vel *humanum*. *Divinum* vel *universale* (quod generi humano datum 1. statim post creationem 2. post diluvium 3. post redemtionem per Christum) vel *Particulare* unius populi Ebræi (quodque morale, ceremoniale, forense) *Humanum* ipsi triplex iterum, *Civile*, (à potestate civili profectum) *Civili arctius* (à patre & domino) *& Civili latius* (h. e. gentium, quod gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit.) Hæc divisio eadem est quam Thomas passim inculcat 2. *secunda q. 57. art. 2. 3. & 95. art. 4.* faciens jus vel *naturale* vel *positivum* (voluntarium, legitimum) & hoc vel *divinum* vel *humanum*. *Humanum positivum* vel *gentium* vel *civile*. Quamvis enim divinum partim sit de his quæ naturaliter justa: tamen constat etiam non parum ex institutione. Aliis jus in universum est *Æternum*, increatum, vel *Temporale*, creatum. Hoc *naturale* vel *positivum*, Et hoc iterum *divinum* vel *humanum*. Divinum *vetus* & *novum*. *Humanum, commune* h. e. jus gentium, *& proprium*, jus civile, alicujus Civitatis. Quod tamen vix consonum Gajo, cui jus quo populi reguntur, dicitur vel commune, quo omnes homines utuntur, h. e. naturale, (ab effectu dictum jus gentium ratione usus hominum communis) vel quod quisque populus sibi constituit, proprium Civitatis *in l. 9. h. t.* ut exponit Selden. *de j. nat. Hebr. pag. 75. & plerique.* Convenit tamen *d. l. 9.* cum 5. *Ethic.* 10. ubi jus quo homines in civili societate diriguntur, naturale dicitur vel legitimum. Aliter adhuc nonnullis jus seu lex in genere dividitur in *Divinam* & *Humanam*. Illa porrò in eam quam Deus Naturæ inscripsit, & eam quam speciali patefactione promulgavit. Prior est lex Naturæ, posterior v. c. decalogus. Humana est vel gentium, vel Civilis. Quamvis enim gentium jus suo modo etiam constituat naturalis ratio, seu derivetur illud ex jure naturali per modum conclusionis: exindeque ad jus Naturæ referendum videatur; id tamen potius fit materialiter, *ceu post hæc tradita reperi mecum sentientem.* Filliucium *tr. 31 tom. 1. de I. & I. domin. rer. n.* 20. Et aliquo modo diversa inter hæc ratio est; quippe negari vix potest, gentium legem non imperari ab aliquo in gentes Majestatem habente, nec ex hujus solius jussu (quæ legis natura) vim obligandi etiam invitos, habere, sed tacito consensu populorum, mutuo usu inprimis & necessitate exigente, constitui, adeoque obligare in modum legis tanquam pactum, quod initio quidem voluntatis, postea verò necessitatis est, *l. 5. C. de O. & A. l. 5. C. de legib.* Venit etiam hoc jus nomine Legis usu recepto, qui est dicendi magister. Hi itaque gentium juris sunt autores, indeque lenitim & ex receptione accepit necessitatem. Quod autem concernit ea quæ secundùm jus naturale, vel ea quæ sunt addita juri naturali, illud cùm sit sæpe rerum mutabilium & de indifferentibus, quasi absorbetur & abstrahitur, nec huic quicquam tribuitur quoad juris hujus denominationem, sed gentibus ejus conditoribus. Add. Filliuc. *d. l. n.* 21. *& notata infra ad n. 16. vers. quia.* Nimirum lex naturalis concernit naturam rationalem vel in se consideratam, vel in civili societate & Rep. constitutam. Ad illam pertinent præcepta, quæ recta ratio homini secundùm se considerato observanda dictitat; ad istam, quæ communi gentium consensu de illis, quæ societatem humanam invicem attinent, constituta sunt, quæ ideoque à causa efficiente leges *humanæ* rectè appellantur. Addi denique potest, quod jus aliud sit solùm & verè politicum, aliud tantùm per similitudinem & impropriè. Cujusmodi est jus herile, paternum & conjugale, *d. 5. Ethic.* 10. tum quia dominus, servus, pater & filius, maritus & uxor non sunt liberi &

Naturale & voluntarium.

Jus nat & positivum quod cōmune & propr.

Quomodo jus gent. referatur ad jus nat.

æquales

æquales sive numero sive dignitate, neque illi colunt societatem ut necessaria vitæ habeant: servus namque est instrumentum domini, liberi partes parentum, uxor viro paret; tum quia inter illos nulla injuria, quæ tamen est inter illos in quibus injustitia existit 1 d. 5. *Ethic.* 10.

Definit. l. nat.

Definitio legis naturæ, ut sit notitia) Haud rectè dicitur notitia, cum constet jus hic definiri ut justum s. præceptum, legem. Hugo Grot. *d. c.* 1. *a.* 10. definit *dictamen rectæ rationis, indicans alicui actui, ex ejus convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac sequenter ab autore naturæ Deo talem actum aut vetari aut præcipi.* Hugo de Roy *de eo quod just. est lib.* 1. *t.* 2. finit, quod naturalis ratio inter omnes homines docuit. A quibus parum diversa illa Imperatoris in §. *pen. de* 1. *n. g. & civil.* Alia Aristotelis est, sed à posteriori desumpta 5. *Ethic.* 10 ut fatetur Thom *ibid. velect.* 12. *lit.* D. Horn. *in Ethic. p. in* 588. nimirum *quod ubicunque eandem vim habet, & non quia ita videtur, vel minimè.* Describitur namque (1) ab effectu, *à vi*, ut positivum: (2 à causa quod illud non sit τὸ videri, vel non videri, h. e. ex opinione hominis, sed naturâ. Probatur verò hoc jus à priori, ex convenientia aut disconvenientia rei cum natura rationali: à posteriori, ex observantia apud omnes gentes aut certè moratiores. Comprehendit autem primum universalissimum principium practicum *bona sunt facienda, mala non*: in ratione boni fundatum, ceu primum principium theoricum in universali ratione entis & veri: *fieri non potest, ut idem simul sit & non sit, sive verum sit & falsum.* 2. minus universalia s. conclusiones minus remotè ex universalissimis deductas. Jung. Cicer. 1. *de invent.* Neque malè fortè dicetur hujus juris tria universalissima esse principia, fontes omnium legum 1. Deum, qui supra est, super omnia esse amandum. 2. nos ipsos, familiam & reliquos mortales humanæ societati esse servandus. 3. terrestribus quæ infra sunt, moderatè imperandum. Ex primo dependet juris publ. constitutio, ex secundo & tertio jus privatum quo ad jura personarum & rerum, adeoque omnis in universum legum prudentia. Cæterorum ulterius de Jure naturæ quærenti, unde ergo dignoscatur illud quod est honestum vel inhonestum, seu quod humanæ naturæ conducit aut nocet? Vulgò respondetur id esse quod tale ratione objecti, & in hoc quiescere videas plurimos Moralistas & naturalis Juris Scholasticos Doctores. Verùm id æquè obscurum habetur. Et verò intellectus noster in nonnullis est cæcus, & appetitus pravus, atque ex lumine naturæ secundùm omnes partes constare nobis vix potest quid sit juris naturæ. Hinc nobis Christianis subinde in auxilium vocandum fuerit lumen revelationis. Quo pertinet illud Jamblichi *cap.* 18. *Enimvero*, ajentis, *cuncta quæ de eo quod vel faciendum vel non faciendum sit, discernunt, ad cœleste lumen collinearunt, atque hoc initium est: ut universa vita ratio composita & instituta sit ad Deum sequendum. Atqui hic sermo est. Hac Philosophia sunt. Ridiculè enim homines faciunt qui aliunde quod honestum est, quodque rectè fit, quærunt, quàm ab ipso Deo:* & post pauca: *quia Deus est, & ipse omnium Dominus, in confesso est, quæ quid bonum & honestum est, ab ipso Domino petendum esse.* Confer de jure naturæ plura alia ad mentem quoque Orientalium populorum (inter quæ hæc de præceptis Noachidarum) & Græciæ Philosophorum eleganter disceptantem Du. Maurinum de princ. jur. publ. dissert.

Jus nat. quom. fons sit omnis ll. prudent.

Effectus præcipuus) Deciditur hic quæstio *an jus naturale sit immutabile.* quæ multum facessere juris cultoribus solet, quod plurima exempla in legibus occurrant, mutabilitatem hujus juris suadentia. Principium autem ponendum in §. *pen. de* 1. *n. a. g. & c.* ubi jus nat. dicitur esse immutabile, sc. oppositivè, & ad jus civile, quod in se mutabile est, & ad jus gentium, quod itidem mutationi quandoque subjacet. Deinde removenda hic illa quæ variè dicuntur *juris naturalis.* Propriè tale est quod ex *dictamine* rectæ rationis: per modum causæ efficientis, *effectualiter, effectivè, constitutivè* §. 1. *verb. constituit de* 1. *num. g. & c.* Vid. Conr. Summenh. *loc. mox. citando.* Minus propriè (1) quod *per reductionem* tale, cui jus naturale non repugnat, quemadmodum justum quod injustitia caret. 2. quod *honestum* aut melius, *etsi non debitum,* (ex justitia sc. particulari) ut alere liberos, educare *l. un.* §. 5. *vers. fileat. C. de rei ux. act. l. ult.* §. 5. *C. de bon. qua lib.* (3) quod *actum voluntatis* humanæ *consequitur,* quomodo dominio introducto furtum contra jus naturale. *l.* 1 *de furt.* Grot. 1. *b. & pl.* *c.* 1. *n.* 10. quia inductam rerum distinctionem sequitur *Abstinentia alieni,* quæ operatur furti prohibitionem. Eodemque pertinet restituo alieni, *l* 32. *de reb. cred.* nec non promissa implendi obligatio, Grot. *d tr.* 1. 2. *c.* 10. & 11. (4) impropriè quæ *naturalia* & noo jur. naturæ ut liberorum procreatio, maris & fœminæ conjunctio. Addunt alii (5) quæ fundamentum habent *in conditione naturali*, licet simpliciter non præcipiantur jur. nat. seu quod ex lege naturali est *indicativè,* suasoriè (ut lex naturalis indicet vel disponat) saltim in generali. Ita distinctio dominiorum est à lege naturali, quod hæc indicaverit statu corrupto illam fuisse faciendam, docente Conr. Summenh. *d. tr.* 1. *quæst.* 10. *vers quartò arguitur.* Simile est filium succedere patri ab intestato, *l. scripto* 1 *a f. und. lib.* Quia licet id non præscribat omnino lex naturalis, ad id tamen inclinat & q. naturaliter sequitur, nisi aliunde impedimentum imponatur, v. c. per causas exhæredationis. Sic & dici potest liberis deberi legitimam t. naturali, *N.* 18. *pr. & c. l. un f.* Imò successio hæreditaria sic debetur jure naturali proximè junctis, & maximè ab intestato (1) ob necessitatem: (2) quod non relinquens testamentum censeatur id voluisse ad quod inclinat jus naturæ. Vide *l. f. C. quor. bon. l.* 8. *de bon. dam. l. un. C. de impon. lucr. descript.* Sed possunt hæc referri ad modum impropriùm primum secundum & quintum. Neque dubium, quin isthæc, perinde ac reliqua ejusdem generis, mutationem effugere nequeant. Tertiò non uno modo distinguendum est. Præcipuè I. inter jus naturale quo *ad substantiam* & quo ad *notitiam.* Priori modo id in omnibus unum est & immobile, posteriori verò non in omnibus integrum sed mutabile: v. c. quando quædam nationes furta permiserunt, fornicationes, lupanaria, adulteria, latrocinia. Considerari enim hoc jus potest dupliciter (1) in actu primo, & ut est ipsum intellectuale lumen, quomodo in omnibus idem est, & (2) in actu secundo i. e. in actuali cognitione & judicio, vel etiam in proximo habitu jam comparato per actum: atque hoc modo est lex naturæ ex parte in omnibus qui ratione uti possunt. Vid. Suarez. *de legib. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 5. II Dist. inter ipsum jus naturale & *determinationem* juris civilis *arg. l. c.* 5. 1. Lopez. *de lib. cap.* 4. *num.* 7. Potest enim mutari jus nat. per additionem, licet non per detractionem 1. definitionem & abolitionem. Ita fit mutatio quoad speciem determinatam pœnarum, tutelarum, institutionis hæredis primæ & secundæ s. substitutionis, legitimæ, Falcidiæ, Trebellianicæ & sic deinceps. III. Alia dicuntur 1. naturalis *negativè* alia *positivè,* juxta Suarezium *de leg. lib.* 6. *c.* 14. Negativè, quæ non prohibet jus naturale, neque tamen

Quomod. id mutab.

Quotmod. quid l. nat. impropriè: per reduct. honestum consequens.

Naturale.

Indicativè.

Jus natur. quoad substantiam & notitiam.

Jus nat. & determinatio l. civ.

l. nat. neg. & posit.

tamen positivè præcipit. Positivè, quando aliquid eo jure ponitur vel præcipitur, jubendo vel vetando. Huc quoque suo sensu refero distinctionem dominiorum, servitutem bello inductam, jus venandi, prohibitionem matrimonii *l. 26. l. 44. 63. 64. de rit. nupt.* factionis testamenti *l. 4. 7. 8. test. fac.* rerum alienationis. *tit. 1. quib. alien. lic.* Quia rerum communio, libertas, matrimonium, testamentum facere &c. sunt de jure naturali tantùm negativè. IV. interest inter jus nat. in *thesi* consideratum & in *hypothesi*, ratione temporis moralium circumstantiarum, ut in usucapione, præscriptione, homicidio necessario, furto tempore extremæ necessitatis, deposito non restituto ei qui deposuerat, in *casu l. 31. depos.* Vid. Ames. *d. tr. lib. 5. c. 1. n. 12.* Hug. de Roy. *de eo quod int. lib. 3. t. 4.* De quibus eleganter Molina *tom. 1. tr. 1. disp. 4.* jus civile, inquit, vel generalia præcepta ad species particulares accommodat ac determinat, secundùm personarum, rerum, locorum & alias circumstantias: vel faciat, ut id quod naturale est, v. c. rem alienam invito domino non retinere, indirectè desinat esse juris ejusdem; positâ sc. lege usucapionis, per quam dominium rei alienæ b. f. possessæ justo tempore acquiritur, ita ut usucapta non tanquam aliena, sed ut propria invito domino pristino retineri queat. V. dist. inter ipsum jus naturale & *non assistentiam* juris civilis, *arg. d. l. 6. h. verb. nec per omnia servit.* Ita ex speciali ratione legislatoris, propter statum & utilitatem Reip. sæpe negliguntur illa quæ juris alioquin sunt naturalis, aut tolerantur. Ex nudo pacto j. civ. nôn datur obligatio & actio, *l. 7. §. 4. de pact.* Si pupillus sine tutoris autoritate promiserit, & solverit, locus est condictioni. Idemque in muliere intercedente; quia tota horum (& civilis & naturalis) obligatio, dicto jure effectum non habet, *l. 40. l. 41. de cond. ind. junct. l. 16. §. 1. ad senat. Vell.* Quod innocenter condemnatus solvit, non repetitur, ob summam autoritatem rei judicatæ *l. 35. fam. erc.* qua de elegantia habet Grot. *in flor. spars. t. de remedic.* Contractus b. f. ob læsionem infra dimidium non rescinduntur *l. 2. C. de rescind. vend.* Molin. *tom. 2. disp. 252. vers. duplex.* Cogitationis pœnam nemo patitur, *l. 18. de pœn.* Contrahentes licet se invicem naturaliter (jure gentium, *arg. §. 2. de 1. n. g. & c. §. 11. de rer. div.* vel suppositâ humanâ ignorantiâ de læsione, quæ naturaliter contingat ignorantibus illis qui contrahunt, *l. 8. C. de resc. vend.* circumvenire *l. 16. §. 4. de minor.* quod explicatur *l. 22. §. 1. locat. cond. & d. l. 8. C. de resc. vend.* & est ἰμωοεπῶς, causâ commerciorum extra ordinem receptum. Natis ex damnato coitu alimenta denegantur, *auth. ex complexu. C. d. incest. nupt.* quàm rectè de alimentis in genere cum Dd. comm. contra Cuvarr. & Mæstertium accipit Cyprian. Regneri *de inrust. c. 7.* Qualia explicans Lopez. *d. c. 4. num. 12.* cum ergo, ait, aliquid à jure permitti vides, non illico jure approbatum putes; sat enim est permissum, ut non omnino bonum judices. Nam juxta Chrysostomum *in c. hac ratione. 21. q. 1.* quod permittimus nolentes præcipimus; quia malas hominum voluntates ad plenum prohibere non possumus; & sec. Gregorium *in c. nervi dist. 13. ad f.* non sine vitio est quod ignoscitur & non præcipitur. Dantur nihilominus gradus permissionis, de quibus dictum supra *ad n. 13. vers. jus inquit circ. fin.* qui gradus huc quoque sunt revocandi.

in thes. & hypoth. & ratione circumstant.

Jus nat. & non assistentia I. Civ.

Dom. dist. quom. jur. gent.

N. XVI. *Ut sunt distinctiones dominiorum*) Plerique statuunt jure gent. demum proprietates rerum & dominia esse distincta: Sed non ita hoc intelligendum, q. initio omnino & simpliciter nihil proprii fuerit. Nam Deus humano generi generaliter contulit jus in res inferiores naturæ, iisdem utendi, statim à mundo condito (*quod dominium originale in genere vocari solet: propriè est jus in inferiores secundùm justitiam originalem, quo nihil ex terrestribus homini nocere potuit: per analogiam autem tale dici potest & dominium quod & statu corrupto competit homini ratione suæ naturæ, licet sit imbecille respectu ejus quod habuit statu integro:* primo illu & justu ante peccatum. Vid. Conr. Summenhart. *de contr. lic. & illic. tr. 1. q. 2. vers. hic duo sunt.*) Neque potuerunt homines primævi quibusdam rebus ita uti, ut utendo propria non facerent. Ideóque dist. (1) inter res proprias ratione dominii, & ratione usus. (2) inter res quibus utebantur homines primævi ad victum & amictum aliasque corporis necessitates, & inter res alias mobiles & immobiles. (3) Inter tempus quo homines nullâ adhuc libidine & scelere vitam degebant, & quo in vitia, libidinem, audaciam, & populositatem inclinarunt. Initio ratione dominii quidem nihil proprii fuit; neque enim homines rebus utentes affectionem dominii habuerunt, (utpote in simplicitate & innocentia mutuâque caritate persistentes:) sed usus rerum quibus quisque indigebat, universalis, instar proprietatis erat. Hinc si quis cibo, potu aliisque rebus fungibilibus utebatur, eas utendo quidem consumebat, & non poterat non proprias facere, sed hoc fiebat propter naturam illarum rerum, quod ipsarum nisi abutendo non esset usus. Ita & qui agros aut res alias, ad conservationem sui vel familiæ suæ necessarias occuparat, interim per occupationem proprias faciebat utendo, & ratione usus. Attamen quando non ampliùs utebatur, alius eas poterat apprehendere sine vitio, quia tanta erat in exiguo hominum numero latitudo terrarum, ut facilè ad multorum usus sufficeret. Ex quo verò statu hominis secundo, (malo & injusto illo, quo homines invasit libido & malitia,) nec non statu hominis & Reip. tertio post peccatum, (mixto ex bono & malo, justo & injusto;) atque aucto genere humano, terræ in gentes atque familias dividi cœperunt, usu & necessitate humanâ suadente, insimul communi gentium voluntate & consensu (eo ipso dum communio displicuit, & quisque quod occuparat proprium retinuit,) rerum distinctiones & dominia sunt introducta; unde deinceps, commerciis rerum accedentibus, cætera jura in rem profluxere. Vide Paul. de Castr. *in l. 5. h. t.* Grot. *d. lib. 2. c. 2. n. 2. & de mari libero c. 15.* Equidem distinctio illa solo humano jure haut niti videtur, sed etiam naturali & divino 1. quia Deus homini jus dedit in res terrestres. 2. ratio nat. induxit divisionem propter incommoda. Contra est, quod nulla lex naturæ vel divina illam præceperit initio directè vel immediatè. *Conf. not. ad seqq.* Verum eleganter hoc exponens Conr. Summenh. *d. tr. q. 10,* distinctionem vel appropriationem dominiorum, inquit, esse à lege naturali, potest intelligi dupliciter. Uno modo, quod sit ab ea *indicativè*, sic, quod lex naturalis *indicet, vel disponat, (saltem in generali)* quod distinctio dominiorum debeat fieri; & sic conceditur conclusio: & sic etiam argumentum procedit. Alio modo, quod sit *effectualiter & executivè ab ea* sic, quod illa *effectualis appropriatio & distinctio* processerit à lege naturali, & hoc negatur. Nam quantumcunque prædictum complexum existens naturalis lex scriptum esset intellectu practico hominis cujuscunq; sive Principis, sive patris familias, sive cujuscunque, fuisset volitio hominis habentis potestatem, & volentis, quòd illa res deberet esse illius, & alia alterius, & sic de aliis. Illa autem volitio fuit lex non naturalis, sed positiva. *Et porrò*: Exemplum autem prædictæ responsionis potest dari sic. Cum enim tempore Noe post diluvium terra tota

Non est ex jus nat. (sed gentium) nisi. indicativè

fuisset

fuisset sibi & filiis suis, indistinctè concessa, non cepisset una pars esse unius hominis & alia alterius, si non Noe, vel alius superior hominum, in quem consenserunt, illas distinxisset *jussu & volitione sua*, quæ fuit lex positiva: *Adde notata supra n. 14. verb. Tribuamus inf.* Notandum verò quod suprà dictum, juris nat. esse dominiorum distinctionem tantùm indicative. Nam posito isto statu naturæ lapsæ & mixto, ratio homini suggessit justas causas inducendæ rerum appropriationis, quod isti statui & Reip. conditioni rerum communio officeret propter multa damna & incommoda inde metuenda. Tunc enim vitæ necessariis ad victum & amictum homines indigebant, utque justè & tranquillè in societate civili viveretur opus fuit: qui tres sunt, Reip. in illo statu fines. Utque ergò hi obtinerentur, summè tum appropriatio rerum necessaria erat, quia illis maximoperè contraria est rerum communio. Terræ namque mansissent incultæ & reductæ in solitudinem, quod officit studio indigentiæ supplendæ, ex demandata homini propter lapsum cultura agrorum. Via fuisset aperta fraudibus & maliciis, quod justitiæ repugnat: Nunquàm etiam in pace vixissent homines, quod contrarium requisitæ tranquillitati. Idemque rationis ductum secutus rectè statuit Aristot. *in pol.* improbans politiam Socratis, optimam Reip. existimantis, in qua omnia sint communia. & philosophorum principem reapse loqui de hominibus in statu hominis & Reip. tertiò, indubium est, quia intelligendus ipse est de illo statu, in quo invenit genus humanum suâ ætate, licet ipse putaverit istum esse statum naturæ institutæ. Consentit cum antedictis Johannes de Lugo Cardin. *de I. & I. tom. 1. d. 6. s. 1. n. 3.* inquiens: communiter dici solet, rerum dominiorum divisionem non jure naturali, sed positivo, seu jure gentium fuisse introductam, nam jure naturæ omnia communia erant omnibus; propter necessitatem tamen & inconvenientia jure positivo cessavit dominium commune, non quidem jure positivo divino, cum de hoc nullum extet divinum præceptum, ergò jure humano, quod, quia commune est apud omnes provincias, jus gentium appellari solet. Hæc de Lugo: qui etiam *in seqq. n. 11. ad c. dilectissimus 12. q. 2.* aliasque difficultates sufficienter respondet. Quemadmodum verò jure gentium rerum proprietas est constituta, inducta, ita eadem jure civili posteà quoque est informata & adaucta. §. 11. *I. de rer. divis. arg. l. 6. & 7. de pact.*

Ex ratione triplici fine pot. societatis civ. deductis id porrò ostenditur.

Comm. hæc sententia.

Informatio dist. dom. à jur. civ.

An quæ j. gent. ad j. nat. poss. referri.

Quia tamen propriè) Rectè ait, prædicta exempla *ex l. 5. h. t. & §. 2. I. de j. n. g. & c.* distinctiùs ad jus humanum & gentium referri, ex subjectis 2. rationibus. At falsum est quod & ad jus naturæ eadem referenda exinde putet, quod Aristoteles jus in naturale dividat & positivum. Etenim, secundùm mentem Philosophi, illud quod non ingenitum, sed voluntate constitutum, non dicitur naturæ jus vel naturale, sed positivum. At prædicta exempla *ex l. 5. h. t.* ex constitutione hominum provenerunt. Ergò etiam eadem, secundùm prædictam divisionem, non ad jus naturale, sed ad jus positivum, atque gentium erunt referenda. Vid. not. *supr. verb. quod naturalis. & ad verb. hoc autem.* Nil vetat tamen id quod jur. gentium est, aliâ ratione referre ad jus naturæ, ita ut illius sit ratione facultatis & formaliter scil. constitutivè, v. c. contractus, emptio, venditio: hujus autem materialiter & ratione derivationis, v. c. quod in contractibus fides sit servanda. Jung. *not. s. n. 15. 14. vers. hoc autem.*

Quædam serv. est sec. nat.

Nam utrumque Aristoteles.) Pro stabilienda priori sententia, (cujus ratione & servitus est j. gent. §. 2. *I. d. I. n. g. & c. l. 5. h. t.*) removere intendit A. dubium ex Aristot. qui ait servitutem quandam esse secundùm naturam. Verùm frivola hæc est objectio; cùm ejusmodi servitus, quâ homo hebes naturâ, & rudis dicitur parere & servire prudentiori (qua de loquitur ibi Aristot.) genere planè diversa sit ab illâ quæ ex bello oritur, quam ex j. gent. esse nec ipse Philos. negat 1. *polit.* 5. Unde Bach. *in not.* h. errorem hunc Autoris natum censet ex ignorantia doctrinæ Aristotelicæ: Verùm nec ipse rectè statuit sententiam illam Aristotelis erroneam esse; nam, quicquid sit, ejusmodi homines satis hebetes sibique ipsis de victu & amictu prospicere non valentes reperiri, experientia testatur, eosdemque servos vocare respectu aliorum saltim suo modo, ratio nulla prohibet.

Jur. civ. ambig.

N. XVII. *Jus civile bifariam.*) Verùm resolutio ambiguitatis nonnihil altiùs repetenda est. Jus civile (1) dicitur *latissime*, à posteriori & *ratione usus*, seu ut est id quo quilibet populus utitur: sive illud civibus suis præscripserit, sive aliàs receperit. Sic Gaius *in l. 9. h.* ait populos uti vel proprio jure vel communi, quod naturalis ratio inter homines constituit. Hocque sensu Aristoteles 5. *Ethic. 7. & 10.* jus civile (seu politicum, civitatem dirigens dicit esse vel naturale (quo utuntur cives naturaliter & communiter cum aliis hominibus) vel legitimum, (quo cives itidem in civitate utuntur, sed ex institutione hominum) quod gentium, vel civitatis. Cum quo coincidit, quod idem 1. *Rhet. 13. & 15.* jus dicit esse vel ἴδιον scilicet proprium, vel κοινὸν seu commune, quod explicat per id quod κατὰ φύσιν: & facit multum ad expositionem *d. l. 9. h. t.* ubi per commune rectè jus naturale, intelligit Selden. *d. tr. pag. m. 75.* (2) propriè, quod quilibet populus sibi *constituit*, seu civibus suis præscripsit *l. 6. h. t. de I. & I. §. 1. de j. n. g. & c.* (3) per excell. quod constituit populus Romanus. §. 2. *I. de j. n. g. & c.* Et hoc modo iterùm tripliciter (1) ratione usus seu ab usu in *genere pro quovis jure in* civit. *Romana* recepto, quomodo & jus naturæ & gentium, atque Prætorium complectitur, *arg. §. 3. pr. ubi. jus quo utimur, junct. §. 7. de j. n. g. & c.* (2) à causa efficiente, strictius: *pro illo jur. Romano* sumitur, *quod ex partib. juris civilis inductum*, sc. legibus, plebiscitis, SCtis, decretis principum *l. 7. h. t.* & tunc juri prætorio opponitur *d. l. 7. §. 1. eod. l. 1. §. f. l. 3. §. 1. de const. pec.* Et hisce duobus modis sæpe contingit aliquid dici juris civilis diverso hoc respectu, scilicet illo modo *quoad receptionem*, approbationem & informationem (quomodò nuptiæ, testamenta, patria potestas, tutela, actiones, juris sunt civilis) hoc modo quoad introductionem, ut stipulatio: (3) strictissimè Jus civile denotat aliquando L. 12. tab. *l. 7. C. d. bon. damn.* quando interpretationes JCtorum *l. 2. §. 5. & 8. de o. I. & c.*

Cur opus fuit jur. civ.

Non cum solo gent. jure.) Legibus civilibus insuper opus fuit. (1) propter *universalitatem præceptorum jur.* naturalis. Nec enim illa omnibus semper, & ubique & singulis, eodem modo, eademque mensurâ conveniunt. Sunt namque hominum instituta & leges justi naturalis tanquàm mensura, Arist. 5. *Eth. 7.* (2) propter præceptorum naturalium apparentem quandoque *dissensionem*. Etenim aliquando invicem non convenire, sed ancipites nos reddere, atque faciem justi quodammodò occultare videntur; quod fit concursu duorum præceptorum naturalium, exemplo *l. 31. depos.* in homicidio necessario, &c. (3) propter hominum *malitiam*: Unde partim suppliciis & pœnis terrendi, partim præmiis à legislatore alliciendi *arg. l. 1. §. 1. in f. h. t.* Quâ ratione etiam fit atque utile est, ut ea ipsa quæ j. naturalis sunt præcepta, affirmativa vel negantia, exemplo decalogi, legibus humanis sanciantur, i. in Remp. introducantur: Quo ipso tamen naturalia

esse non desinunt, nec fiunt jus positivum scil. legitimum, sed mixtum si lex aliquid addat vel mutet. Qualia equidem in jure Romano permulta extant, minimè pro positivis juribus mutationi obnoxiis agnoscenda. Exprimitur idem in legib. Wisigoth. *l.* 1. *t.* 2. §. 1. his verbis: fieri autem leges hæc ratio cogit, ut earum metu humana coerceatur improbitas, sitque tuta inter noxios innocentium vita, atque in ipsis improbis formidato supplicio frænetur nocendi præsumptio. Add. Bolognet. *d. tr. c.* 7. *n.* 11. *& seqq.*

Jus hom. quomodo ex jur. nat.

Sed aut addit aliquid) Scilicet quia omne jus humanum (positivum gent. & civile) à lege naturæ derivatur. Fit autem hoc dupliciter (1) per modum *conclusionis*. (2) per modum *determinationis*. Priori modo ex naturæ jure est jus gent. nam per syllogismum ex principiis illius (remotius tamen) deducitur. Sic principium naturale est: Unius indigentia ab altero est supplenda: societas humana in pace & tranquillitate sustentanda &c. Hinc post naturam corruptam, neglectâ communione, gentes induxerunt distinctiones possessionum, jura commerciorum, contractus, juraque in re & ad rem inde dependentia, bella item, servitutes, manumissiones. Secundo modo ex j. naturæ derivatur jus civile, per *arbitrariam determinationem generis ad speciem.* Ut principium jur. naturalis est *delicta esse punienda*; hinc leges pœnarum, quibus pro diversis maleficiorum generibus atque circumstantiis, sec. *l.* 16. *de pœn.* diversa sunt supplicia decreta. Add. *not. n.* 15. *verb. effectus.* Enimverò *derivatio legis humanæ, quæ fit per modum conclusionis, non est constitutio nova virtutis, sed explicatio ejus, quæ in principiis naturalibus latebat.* Adeoque cum jure naturali convenit saltem materialiter, quod conclusio ejusdem sit juris cujus præmissæ. Ita v. c. pignus redde, commodatum, emptionem non esse rescindendam &c. etiam ante humanam ratiocinationem erant virtutes, latentes tamen in principiis naturalibus: sunt autem distinctiùs positæ, ne quis earum ignorantiam prætexeret. *Secunda verò derivatio est nova constitutio operis in esse virtutis.* Jure enim naturæ non erat virtus e. g. latronem, bannitum, aut agrorum depopulatorem occidere, *arg. l.* 1. *&* 2. *C. quand. lic. unic. sin. jud.* Vide eleganter hæc ita explicantem Domin. Sot. *lib.* 1. *q.* 5. *art.* 2.

Repetitio cr. 2. triplicis.

Ex his ergo tribus) Ostendimus suprà tres divisiones hic occurrentes esse juris (politici) Romani in genere. Primam itaque rectè dicit A. ab objecto & fine desumptam. Secunda verò non subdivisio est, sed nova itidem & ejusdem juris Romani in genere divisio, à causâ efficiente; prout *not. ad n.* 14. *vers. hujus a, fundu* rationes enim per quas noster Autor hanc divisionem tantum ad jus privatum retulit, suprà confutavimus. Tertia divisione idem jus Roman. (*arg.* §. 3. *ibi: quo jur. utimur, I. de i. n. g. & c.*) vel scriptum est vel non scriptum, non à forma, ut A. censet, substantiali, sed ab accidenti communi, ut eò commodiùs leges in notitiam hominum perveniant. Jus itaque scriptum hic est jus Romanum in scripturam redactum. Jus non scriptum, illud quod sine scripto venit. Forma enim juris Romani substantialis vel est expressus consensus, vel tacitus, facta scilicet & mores, assuefactio, *l.* 31. *de legib.* Quod priori modo constituitur, scribi solet, quod posteriori, non scribitur, nec scripturâ indiget: *vid. not. t. de legibus, n.* 9. *vers. est ita.* hincque à forma hac accid. jus aliud scriptum dicitur, aliud non scriptum. Si à forma substantiali hoc voles dividere, jus scriptum erit, quod *expressâ sanctione constitutum, indeque in scripturam est redactum.* Non scriptum verò, quod *sine ulla sanctione & suffragio tacite populus probavit, indeque in scripturam non est redactum, arg. d. l.* 32. *junct.* §. 10. *I. de i. n. g. & c.* Leges itaque Romanæ expresso consensu latæ accidit ut scriberetur, quamvis & Græcis quibusdam hoc fuerit in usu.

Quid j. c. vet.

Jus civile vetus) in strictissima significatione jus civile aliquando denotat interpretationes JCtorum *ad ll.* 12. *tabb.* ut dictum p. 55. aliquando leges Curiatas, quæ jus civile Papirianum dicuntur *l.* 2. *h. t.* aliquando & alia.

Æquitas quid & quotupl.

N. XVIII. *Eodem refertur*) Æquitas sec. Aristot. 5. *Eth.* 10. vel æquum, est *correctio vel emendatio juris legitimi.* seu est juris scripti per interpretationem aut emendationem ad factum ex vera ratione accommodatio. De hac sec. A. hoc loco duo quæruntur;

An sit jur. nat.

I. *An potiùs pertineat ad jus naturæ, an ad civile?* Et quia dependet ex arbitrio rectæ rationis (adeòque in se & formaliter considerata, potiùs est juris naturæ; unde dicitur aliàs æquitas naturalis *l.* 1. *de constit. pec.* it. naturalis ratio *l.* 1. *de pact. l.* 1. *de minor.* Quemadmodum itaque jus naturale civili opponitur, ita & æquitas juri scripto, quod est civile *l.* 1. *C. de legib. l.* 16. *de condit. & demonstr. l.* 52. §. *f. de pact.* adeòque æquitas pertinet ad jus naturale, & est ejus pars. Dist. A. hic

Neg contra Aut.

(1) quod jus naturæ ad civile referatur. (2) etiam æquitas non modò quà non scripta, sed quà scripta ad jus ἄγραφον pertineat. Resp. ad (1) jus naturæ referri ad jus civile, sed non nisi in latissima significatione, quâ denotat omne jus quod in civitate receptum, & aliàs Politicum dici solet, *supr. n.* 17. *ad verb. jus civile.*

Non spectat ad jus Rom. scriptum vel non scriptum.

At hic ipsemet A. non tam latè sumit jus, sed quà vel expressâ vel tacitâ sanctione Romani legislatoris est constitutum, ut constat *ex n. præced. verb. ho. n. jus &* *l.* 32. *de legib.* Ideoque, ut ad (2) respondeatur, æquitas nec ad jus Romanum scriptum, neque ad non scriptum referri potest. Non ad illud, quia hoc legislatoris Romani expressâ sanctione constat & est in scripturam redactum, *arg. d. l.* 32. at æquitas à legislatore Romano non provenit, sed caussam habet naturalem rationem, & mentibus hominis, ceu jus naturæ, est ingenita. Deinde etiam, quia hic agitur de jure certo, quod scripto aut moribus constat: æquitas autem ad ejusmodi regulam æstimari nequit. Vid de his Bernh. Suth. *d. diss.* 1. *aphor.* 86. Neque verò tectius ad jus ἄγραφον referri potest, quia scilicet æquitas quæ scripta, non dicitur jus ἄγραφον, sed lex & jus scriptum, non quod in scripturam sit redactum, sed propter promulgationem & sanctionem expressam, quæ legem facit, formaliter, *d. l.* 32. *de legib.* æquitas enim non promulgatur vel sancitur, sed in mente existit. Vid. Bacch. *in not. h.* Verùm pro A. adhuc facere videtur, quod Cic. *partit. orator. sub fin.* duas ponat species juris non scripti, dum meminit eorum, quæ sine literis jure gentium aut more majorum retinentur. Ita & Socrati omne jus naturæ & gentium est jus non scriptum. Respondet Bacchovius *in proæ. p.* 31. *&* 32. esse ambiguitatem in verbis, non scripti juris.

Jus non scriptum ambig. dicitur.

Sic enim (1) generaliter jus non scriptum dicitur de jure quolibet in scripturam non redacto. (2) prædicatur de jur. Romano, & denotat mores. (3) strictè dicitur de responsis prudentum *l.* 2. §. 5. *de O. I.* & oppositivè ad illud jus Romanum, quod protinus in tabulis scribebatur & promulgabatur: quia eadem oppositivè ad consuetudines sunt pars juris scripti, *arg.* §. *constat. I. de i. n. g. & c.* Jus naturæ & æquitas dici possunt jus non scriptum in prima & lata significatione, non ea quâ leges Romanæ scriptæ dicuntur vel non scriptæ.

An sit scripta æqu. an civilis.

II. Q. *An æquitas quædam scripta sit, quædam non scripta?* Dividitur enim æquitas nonnullis I. in naturalem & civilem, per *l.* 1. §. 1. *si is qui test. lib. ess. juss.* Obrecht *disp.* 1. *th.* 120. *& seqq.* Sed sine ratio-

ratione; quia in §. 1. æquitas significat rationem & jus ipsum: & in legib. in initio allegatis, dicitur æquitas naturalis non oppositivè ad civilem, sed explicativè; quia omnis æquitas naturalis est, in se & essentia sua. 2) alii cum Aut. h. faciunt æquitatem scriptam & non scriptam (1) per *l. 1. §. 1. de I. & I.* ubi jus dicitur ars æqui & boni. Resp. æquum & bonum ibi denotare justum per excellentiam, scilicet normam justitiæ & æquitatis, quæ legibus non continetur, sed in mente est. Conf. *not. supr. n. 14. ad verb. jus inquit.* (2) putant per multa capita juris naturalis esse scripta, atque ita etiam æquitatem; unde A. h. censet singulis legibus suam constare æquitatem, *l. 13. §. pen. de jure-jur.* Resp. Bacchuv. *in not. h.* æquitatem in se nullam scriptam esse, fieri autem in jure civili passim mentionem æquitatis; tum quod jure nostro pleraque ad singulos casus sint responsa & rescripta; tum quod JCti in quæstionibus suis (ex quibus ex parte ff. sunt composita) non leges tulerint, sed ex ipsa æquitate rem examinaverint. Vel dici potest, æquitatem considerari formaliter & materialiter. Illo modo & propriè nulla est vel esse potest scripta: hoc modo quædam scripta est: sed propriè illa non est æquitas, sed lex in æquitate vel jur. naturali fundata: unde in *d. l. 13.* actionem de dote dicit JCtus esse ex æquitate, scilicet materialiter.

In tribus præcipuè) Breviùs Obrecht. *d. disp. 1. th. 126. & seqq.* æquitatis dicit duplex esse officium, alterum in legis interpretatione, alterum in ejus emendatione. Interpretatio fit non ex verbis & scripto, sed ex sententia & mente ejus. Illa ad JCtum non spectat, sed hæc. Emendatio duplex est, abrogatio & suppletio. Suppletio autem fit vel propter legis universalitatem, vel ratione legislatoris, quando scilicet is sciens vel ignorans quid omisit, de quibus infrà *t. de legibus.*

Æquit. officium.

TITULUS II. *C. 1. 17.*

De origine Juris civilis, & omnium Magistratuum; & successione Prudentum.

1\. *Continuatio.*

Quia nihil in rerum natura perfectum est, quod non ex omnibus suis partibus constat: *l. 1. hoc tit.* cujusque autem rei potissima pars principium est. *l. si procuratorem 8. in prin. mand. & l.* ideò facturus legum & juris Romani interpretationem, visum fuit necessarium, originem & progressum juris civilis, id est, Romani, *l. 1. §. 1. de rei vind.* omniumque magistratuum, qui νομοφύλακες imò viva lex sunt, *Cic. lib. 3. de Leg. fac. Lnam & ipsum. 8 supr. tit. 1.* & juris lustin. *in d. l. 2. § post originem de orig. jur.* ac successionem jurisprudentium, penes quos interpretandi juris potestas semper fuit, exponere: his enim tribus doctrina & vis omnis jurisprudentiæ continetur & absolvitur: ut quibus a rudimentis & incrementis ad eam, quam videmus amplitudinem, jus Romanum adoleverit, perspicuum planumque fiat.

2\. *De origine juris.*

Origo juris Rom. duplex: alia Naturalis, de qua titulo superiore: cujus tria diximus esse capita seu fontes: alia Civilis, historica reip. Rom. propria, de qua hoc in titulo, repetitis ab ipsa condita Urbe Jurisprudentiæ hujus incunabulis tractatur, ad hunc fermè modum. Initio civitatis, cum omnia manu Regia gubernarentur, nullæ scriptæ fuerunt leges, sed arbitria Principum pro legibus erant: nonnullæ tamen a Romulo aliisque regibus, præcipuè Servio latæ sunt: *Dionys. Halic. lib. 4.* quæ quod Curiarum, in quas divisus erat a Romulo populus, sententiis & approbatione perferebantur, Curiatæ vocatæ sunt. *Plutarch. Livius in Romulo.* Verùm eæ Leges neque controversiis in tanta multitudine sufficiebant: præsertim cum pleræque ad Reipub. magis statum, quàm ad privatos pertinerent: & exactis Regibus brevi omnes, exceptis paucis, partim lege Tribunii Celerum abrogatæ sunt, quæ scilicet ad statum regni pertinebant, partim odio Regiæ dominationis, desuetudine quadam obsoleverunt: populusque Romanus incerto magis jure & consuetudine, quam perlata lege, non sine motibus & tumultu deinceps uti cœpit. *Liv. libro 2. & 3. deca. 1.* Quod ne diutius fieret, ex lege Terentilia placuit, *Govea. libr. obser. 1. cap. 21.* publicâ authoritate decem constitui viros, qui exploratis aliarum civitatum, præcipuè Græcarum, quæ optimè tum temporis constitutæ habebantur, institutis: ex omnibus optima quæque excerpendo, civitatem legibus fundarent: quæ ad hunc modum conscriptæ, latæ, approbatæque, in duodecim tabulas æneas, anno ab urbe condita 303. & sequente, sunt redactæ: qui fons omnis publici privatique juris est. *Livius præalleg. loc. Cicer. lib. 2. de Legibus.* His legibus latis cœpit, quemadmodum naturaliter solet evenire, ut accederet disputatio fori: brevitasque legum non omnibus controversiarum articulis definiendis suppeditans, interdum etiam obscuritas, aut interpretationem, aut productionem ad casus similes, aut mitigationem in dissimilibus ex authoritate prudentum desideraret. *l. non possunt 12. neque & passim infr. tit. 1. de legib.* Unde natum jus, quod sine lege scripta venit, compositum a prudentibus, communique nomine jus civile nominatur, *l. 2. §. 5. h. tit.* Ne autem prout vellet, temere & incondite populus ageret, eodem fere tempore compositæ sunt certæ solennesque actiones, quibus inter se cives disceptarent, quæ pars Juris Legis actiones seu Legitimæ actiones appellatur, *d. l. 2. §. 2. h. t.* Deinde cùm plebs in discordiam cum Patribus versa, sibi jus constituisset, quæ Plebiscita vocantur: postea placuit lege Hortensia, *Gell. lib. 15. cap. 27. vide Liv. lib. 3.* vel ut aliis placet Horatia, *Liv. lib. 2 Decad. Dionys. lib. 16 cap. 10.* ut ea perindè atque scriptum jus, omnes Quirites teneret. *l. 2. § deinde § 4. hoc titul. §. plebiscitum Instit. de Iure nat. gent. & civ.* Subsecuta sunt non longo interjecto spatio Senatusconsulta, Necessitas enim, reipub. curam ad Senatum deduxit, ut is se interponeret, & ferret leges: quia populus in tanta turba haud facile frequenterque ad id poterat, *d. l. 2. § 4. hoc tit. § 5. Instit. de jur. nat. l. non ambigitur 9. infr. titul. 1.* conveniri. Eodem tempore & magistratus, penes quos erat jurisdictio, ut Prætores & Ædiles, Edicta proponebant: ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque magistratus dicturus esset, seque præmunirent, *d. l. 2. §. eodem 5. hoc tit. § prætorum Inst. de jur. nat.* Novissimè rebus ita dictantibus: ut necessum esset reipubl. per unum consuli, constituto principe, data est ei a populo potestas, ut quod constituisset, esset ratum, *d. l. 2. §. novissimè 6. h. tit. § sed & quod principi inst. de jur. nat. l. 1. infr. de const. prin.*

3\. *De Magistratibus.*

Quod ad magistratus attinet, initio civitatis hujus constat reges omnem potestatem habuisse. Exactis deinde regibus, ordinarii magistratus, Coss. Censores, & dubiis reipub. temporibus extraordinarius, Dictator cum Magistro equitum: postea Tribuni militum, Tribuni plebis, Ædiles, Quæstores, quique jurisdictioni præessent, Prætores, & Centumviri judicandis litibus. Triumvirique tam monetales quam capitales, atque alii magistratus, tam ordinarii, quam extraordinarii, tam urbani, quàm provinciales, pro usu civitatis creati sunt, per quos, rebus ita exigentibus, respubl. & foris & domi rectè administraretur, *l. 2. §. quod ad magistratus 8. h. t.*

4\. *De Iurisconsultis.*

Juris autem civilis scientiam plurimi & maximi viri professi sunt, jam indè a tempore Sexti Papirii, qui leges Regias, quæ quidem supererant in unum contulit: sed neminem ante Tyberium Coruncanum publicè professum traditur. Nam antea qui scientiam nacti erant, in latenti eam retinere, & consultoribus potius quam discere volentibus præstare sese instituerant. Coruncanus princeps profiteri cœpit, *l. 2. §. post hos 38. h. t.* quem deinceps alii præstantes ingenio, eruditione & multarum rerum usu homines subinde secuti, ad id fastigii & authoritatis Jurisprudentiam evexerunt, ut non privatâ amplius, sed publicâ Cæsarum authoritate tandem sub Augustis responderi sit cœptum, adeò ut ab hujusmodi responsis judici recedere non liceret, *l. 2. § fin. hoc tit. §. responsa inst. de jur. nat. gent. & civil.* Postquod beneficium cum Jurisconsulti honoribus, gratia, authoritate apud Imperatores eveherentur, *l. 5. C. de vet. jur. enucl.* crevit etiam (ut honos alit artes. *Cic. 1. Tusc.*) aucta summorum ingeniorum studiis Jurisprudentia, floruitque imprimis ab Adriano usque ad ætatem Gordiani: quod tempus summos viros habuit, qui consulendo, scribendo, Imperatoribus assidendo, judicandis agendisque causis, jus civile incredibiliter illustrarunt: ut Salvium Julianum, qui perpetuum Edictum composuit, ex quo Adrianus jus postea dici jussit non annuum, velut ex annua Prætoris jurisdictione, ut an-

ita, *Cic. in Verrem & alibi.* sed tanquam ex lege sua perpetuum & immutabile, *sicut leges perpetuò in viridi sunt & esse debent ob-servantia l. E. in pr. C. de heret. inst. de perp. & temp. act.* Habuit eadem ætas, ut est apud Capitolinum in vita Anton. Vindium, Verum, L. Volusium, Metianum, Marcellum, Scribidium Scævolam, quo præcipuè Marcus Antoninus Imperator usus est, & quem Aphricanum esse nostrum vult Cujac. in princip. respon. hujus item asylum illum juris, & thesaurum legum, *ut Spartia in Severo*, Papinianum Præfectum prætorio apud Severum, *l. lecta. 40. infr. si cer. pet.* & hujus assessores ac discipulos, Julium Paulum Ulpianum, Sabinum Sabinum, Ælium Gordianum, Pomponium, Alphenum, Aphricanum, Florentinum, Marcianum, Callistratum, Hermogenem, Venuleium, Marcum, Caium, Tryphonium, Mælianum Celsum, Proculum, Modestinum, qui filios Maximini erudiisse dicitur, & alios innumerabiles. *Spart. & Lampr. in vita Maxim.* Hi omnes summos honores gesserunt, & plerique eorum consiliis adhibiti sunt Alexandri laudatissimi Imperatoris, *Lampr. in ejus vita* cujus etiam tutorem & magistrum scriniorum fuisse Ulpianum perhibent: *Eutrop. lib. 8* quem tantopere dilexerit Alex. ut ejus consiliis plurimum uteretur & ob hoc ipsum invidiosum ad milites, quorum licentiam & dissolutos mores ad veterem disciplinam revocabat, ab impetu & furore militari, objectu sui corporis protexerit. Estque insignis laus Ulp. apud Lampridium: qui scribit. Alexandrum in summum evasisse Imperatorem, quod hujus viri consiliis præcipuè remp. administraret. Ab hac ætate & felicissimo doctissimorum hominum proventu, de quibus Forsterus in sua J.C. historia, cœpit iterum Jurisprudentia, & una cum indole imperioque Romano ad interitum dilabi cœpit: donec obsoletam tandem, & in bibliothecas abditam, Justiniani demùm Imperatoris felix recreavit industria, & in solis lucem usumque reduxit: cujus curæ & laboribus, quod superest Romanæ jurisprudentiæ acceptum ferre meritò debemus. Cæterùm hic ejus conatus esset felicior, si nobis veterum libros reliquisset integros, unde multa restitui possent: cum ex tam paucis quæ supersunt, plurima feliciter ab eruditis cum emendentur, tum illustrentur.

O B S E R V A T A.

Pars h. t. I. de or. jur.

N. I. *Histribus*) Tituli hujus tres sunt partes I. de Origine Juris. Recenset autem Pompon. *in l. 2. h.* diversa jura 1. est Arbitrium Principis scil. manus Regia. 2. Leges Curiatæ. 3. Incertum jus, quod post Regisfugium arbitrio Magistratus constituebatur. 4. LL. 12. tabb. 5. JCtorum in eas interpretationes, seu Jus civile in specie sic dictum. 6. Legis actiones scil. solennes agendi formulæ. 7. Plebiscita. 8. SCta. 9. Magistratuum Edicta. & 10. Constitutiones Principum. Hæc jura maximè desiderant historiam, juxta quam hunc titulum rectissimè explicârunt Zasius, Eberlinus, & novissimè Thom. Lindemannus, plurima Pomponii contra historiam & chronologiam errata notantes. Neque enim ipsi quà Historico fides habenda, nisi & cum aliis Historicis conveniat.

Origo juris Rom. divina.

Cæteroquin origo nostri juris in genere dici meretur *divina, naturalis, gentium, civilis, & propria Romanorum.* Divina dependet ex sacris literis & aliis divinis scriptis inde manantibus, unde magna pars juris civ. deducta est, puta veteris & novi testamenti, Ecclesiæ & piorum Impp. *titulis 13. libri I. Cod. plurimis Novellis & Nov. 131. c. 1* ubi Justinianus Imp. *sancimus igitur*, ait, *vicem legum obtinere sanctas ecclesiasticas regulas, quæ à sanctis quatuor conciliis expositæ sunt aut firmatæ &c. prædictarum enim quatuor synodorum dogmata sicut sanctas scripturas accipimus, & regulas sicut leges observamus. add. juris Canon. volumina.* Huc pertinent collationes legum Mosaicarum cum Romanis institutæ, ex quibus laudatur illa Licinii Rufini, vel potius Anonymi, qui vixit Theod. jun. temporibus & post consulatum ipsius XV. *ex integris Papiniani, Pauli, Ulpiani, Caii, Modestini, aliorumque veterum auctorum libris ante tempora Justiniani descripta est, cum notis Petri Pithœi JC.*

Nat. gent. civ. Rom.

Naturalis origo, cujus meminit Author hic *n. 2.* nobis est quæ ex naturalibus præceptis oritur: *Gentium*, ex iis quæ apud gentes locum habet. ad quas referendi optimi libelli Grotii *de j. pac. & bell.* & Seldeni *de j. nat. Ebræor.* Civilis, quæ ex civilibus principiis arte humana inductis: ut ab Atheniensibus, Carthaginensibus: quo spectant à Samuele Petito collectæ & cum Romanis subindè collatæ Leges Atticæ. Propria Romanorum est origo, quæ hic recensita Pomponio. Ad quam equidem summè notandum, quod, ceu in quavis civitate obtinet, ita & in celebri Romanorum tria exstiterint legum genera, pro diversa legislatorum conditione.

Civilis originis triplex genus legum latoribus.

I. est Primariorum, quas penes quos summa rerum in civitate perpetuò sit prolatum. Qui quidem vel unus rex est,

1. Primaria, Majestate.

aut Princeps, unde apud Quirites placita, rescripta, orationes, constitutiones, & similes quæ regalis civitatis generis sunt, manarunt, *§ 6. de j. n. g. & tot. tit. de constit. Princ.* quarum pleni sunt libri Codicis & Novellarum. Vel sunt Optimates, unde SCta, ut Macedonianum, Vellejanum, Tertull. Orphytianum &c. *l. 9. de legib.* Vel plebs in Democratia, unde plebiscita *§. 4. vers. plebiscitum. de j. n. g. & c.* Vel universus populus (quo plebs connectitur) in mixta Repub. &c. unde Lex in specie dicta, *eod. §. 4. pr.* & consuetudo, sive in statu populari obtenta *§. 9. d. t. l. 32. de legib.* Et hoc genus legum est propriè talium. II. est Secundariorum legislatorum, qui a prioribus originem ducunt, qui rebus judicandis ad tempus præsunt:

2. Secundarius Magistrata.

Cujusmodi leges sunt Romanis Edicta Prætorum & Ædilium, quibus sæpè opus ad leges primarias executioni mandandas, juvandas, supplendas, corrigendas, temperandas, *l. 7. §. 1. de l. & l. §. 7. de j. n. g. & c.* Cum enim primarius Legislator omnia complecti nequeat, ut ait Aristot. 5. *Eth.* 14. & tantùm non iisdem verbis Julianus *in l. 10. de legib.* reliqua inferiora permittere debet secundariis legislatoribus, tanquam minoribus quibusdam Diis, ut est in Timæo Platonis: unde dicitur illi qui jurisdictioni præest, jus esse ad similia procedendi, ad supplendum, atque ita jus dicendum, *l. 11. 12. 13. d. t.* Licet namque nihil facile sit mutandum ex solennibus a primario legislatore constitutis, *d. 7. de in integr. restit. l. 144. de R. J. l. 13. C. de appellat.* tamen ubi æquitas evidens exposcit, subveniendum est, *l. 8. C. de judic. d. l. 7. §. 1. de l. & l. l. 18. de legib.* Unde jus prætorium, tanquam viva quædam vox juris civilis habetur *l. 8. d. t.* Atque hæ leges ergò proprio nomine legum non veniunt, sed vicem earum duntaxat obtinent, ut eleganter dicitur *in §. 7. verbis non modicam obtinent juris authoritatem de j. n. g. & c.* III. genus legum dicimus Ultimorum legislatorum, profectarum ab iis qui legibus interpretandis propositi. De quibus Conr. Summenh. Art. & Theol. D. in Acad. Tubing. olim P. P. celeberrimus *de loc. & illic. contr. in præfat.* Omnis quippe lex civilis, ait, rationi innititur suo modo. Nec leges summâ æquitate & ratione ordinatæ forent, nisi naturalis rationis lumine legislatores ac JCti philosophando eas decrevissent.

3. Ultimis, JCtis.

Hæc Conradus. Hujusmodi autem sunt Responsa prudentum, inservientia & primariis legibus, ad eas commodis interpretationibus exponendas, *d. l. 11. l. 13. de legib.* & secundariis, ut judices iis juventur, quomodo refertur *in l. 43 de act. empt.* responsum Ulpiani in judicio lectum fuisse: in omnibus enim ferè judiciis offerebantur JCtorum responsa, quæ judices sequi tenebantur, *§. 8. de j. n. g. & c. t. de resp. prudent. C. Theodos.* Suntque horum responsorum pleni libri Pandectarum. Etenim subindè fit, ut quæ priùs secundariæ leges fuerunt, post primariæ efficiantur, cum ita Majestas vult, sive secundarias leges cum primariis poneu-

[illegible]

... Non [illegible] ordine temporis [illegible] SCta [illegible] statuere, [illegible] obata ad Tribunum plebis. [illegible] historicam & [illegible] Senatus conf [illegible] quod aucto populo difficile [illegible] cum co[n]vocare [le]gis condendæ causa, sec. Pomp. *in l. 2. §. de* [illegible] Justin. *in §. 5 I. de jur. g. & c.* [illegible] SC a cum auctoritate Regis & [illegible] populi [illegible] Resp. [illegible] SCta [illegible] probabant. [illegible] & Dion. [illegible] *lib. 4.* [illegible] Sub Imp. ex [illegible] quæ [illegible] in oratione [illegible] ex Prin[cipum] [illegible] *pr. de* [illegible] *§ 5. de rit. nupt. l. 2* [illegible] *de* [illegible] *l. 7. C de interd. matr.* Certe sub [illegible] R[illegible] quæ demum [illegible] loquitur Pomp. [illegible] populi [illegible] SC a vel [illegible] Reg[illegible] VI. [illegible]

Quoad L. Hort. Hot[tomannus].

Quoad SCta. Eorum ea [causa] examinatur.

Tit. [illegible] Mag[istratibus].

[illegible] & [illegible] quo[illegible] stanti [illegible] hæc [illegible] qui & [illegible] & [illegible] secu[illegible] *epi*[illegible] *cem* [illegible] nobis [illegible] tatu[illegible] anus pu[illegible] us, ut [illegible] *Primus De* [illegible] *de O. L.* dum [illegible] deju[illegible] præstari o[illegible] hoc nomi [illegible] & [illegible] ambien[illegible] & [illegible] factum, u [illegible] illis [illegible] po[illegible] ibus [illegible] adibent [illegible] formu[illegible] Licetne [illegible] te [illegible] a Prin[illegible] facultas,ut [illegible] Tul[illegible] Hor[illegible] respon[illegible] ut judici ab [illegible] quam p[illegible] testimonium [illegible] Aquila & [illegible] Ex Paulus JC [illegible] refert [illegible] Ulp. in [illegible] [illegible] quam [illegible] & maxime [illegible] hæc autorita[illegible] atque amplitudo [illegible] usque ad Sec. III. Solebant [illegible] dari [illegible] Jur [illegible] apud Tul[illegible] legitur: [illegible] batum in [illegible] *unde cætera scripta, puta* [illegible] *tractatus, interpretationes ad leges* [illegible] *nunquam* [illegible] *latale* [illegible] *neque le*[illegible] *quam* [illegible] [illegible] Re[illegible] eruntque [illegible] Ulp[illegible] *de nupt.* [illegible]

[illegible] videtur, quæ [illegible] quæ à [illegible] Po[illegible] stremo ant[illegible] *de libr. jur. comm.* [illegible] pe[illegible] Dui[illegible] par[illegible] sec. IV V. [illegible] fere [illegible] verò [illegible] mentarios scribe[illegible] R [illegible] & ab eod[illegible] leges [illegible] que potu[illegible] Sec. VI. [illegible] m pro[illegible] Italia [illegible] nes diu [illegible] in Oriente tamen qui[illegible] Basilio Macedone, & filio [illegible] IX. [illegible] est florei [illegible] tunc temp[illegible] JC[illegible] Stephanum Th[illegible] Isido[illegible] Ori[illegible] corum [illegible] ad nos devenerint. Revoc[illegible] in usum Italiæ [illegible] Romanis Sec. XII. dubitari non licet, cum juris [illegible] florere cœpisset, re[illegible] sponsa quoque [illegible] pauca produisse, an [illegible] factum sit opera Ma[illegible] Comitissæ, an Lot[illegible] Imp. an Frederici [illegible] urate examinantem novissimè Dn. Mau[illegible] *diss. de libri juris comm. horumque usu po*[illegible] Rani aut [illegible] pon[illegible] ista nobis [illegible] incognita, est, tum quod ex dicto tempore cum recens fuit [illegible] legum [illegible], pauci initio essent earum periti, tum quod & Longobardicæ vigerent, & excepta Bo[illegible] in civitatibus Romanæ observa[illegible] tum [illegible] admirabilis [illegible] adhuc [illegible] incognita, qua talia nobis per manus copiose traduntur. [illegible] quo autem per Europam & passim pro jure communi & ord[illegible] publ[illegible] Academiis doceri cœpit, jus [illegible] provinciæ [illegible] municipiis [illegible] statuta particul[illegible] hinc, [illegible] privilegii Summæ Cæsareæ Majest[illegible] [illegible] Bononiæ [illegible] seculo XI. [illegible]

Sec. VII.

Sec. IX.

Sec. XII.

[illegible]

TITULUS III. C.1.14.16.8.53.

De Legibus, senatusque consultis, & longa consuetudine.

[illegible]

[illegible] *novell cap. eod.* quæ sententia usu obtinuit, quamvis non desint qui contradicant. *Ias ad d. l. omnes num. 26* Judices, in judiciis [illegible] pretandi juris potestatem habent: quæ interpretatio inter litigatores, valet ut lex *cum l. placuit 8. C. de judic.* Itatque condendi autem interpretandique juris in modum legis, scilicet ut omnes ea interpretatio teneat, & de jure aperto decernat, potestatem non habent, sed soli Principi talis est ex jure Pop. potestas *l. 1. C. de legib. ubi Dd.*

4. *Materialis*

Materia circa quam lex versatur, sunt personæ, res, & actiones sive judicia. *l. 1. infr. titul. 2.* non præterita ut præsentia, sed futura *l. leges 7. C. eod.* nisi aliter lege cautum sit. *d. l. leges & l. sancimus 28. § fin. C. de sacro eccles. l. ex C. de usur. cum simil.* quibus tamen non minutissima quæque leges consectantur, aut quæ forte uno aliquo eveniunt casu, *l. 4. hoc tit.* aut *l. 6.* [illegible] *hoc tit.* & ut ait Pompon. *l. 3. lib. 2.* in παράλογον, aut quæ singulas respiciunt personas: [illegible] sed quæ [illegible] evenire solent, & in commune sine complexu personarum rerumque certarum spectant ad omnes *d. l. jura l. non possunt 12. hoc tit.* omnium ætatum subsequentium cives *nam leges ad futura pertinent d. l. leges 7. C. de legibus.* Quod quidem de legibus quæ publicè rogantur, ac proponuntur (nam de his Jurisc. locuti sunt) potissimum est accipiendum. Cæterosque consultos sæpe numero in rebus subtilibus, & particularibus etiam ab usu remotis versari sicuti & quædam Cæsarum rescripta in personalibus, perspicuum est *l. 2. C. de legib. l. neque 6. cum l. seq. C. de decur. lib. 10. l. 1. de constitut. prin.* quæ ex se pro lege non habentur, nec valent generaliter sed postquam in corpus juris redacta sunt, exemplo sententiarum, decretorum, edictorum, consuetudinum, responsorum, quæ eodem relata habemus, pro jure omnes obligant. Jus quod circa res versatur, aut in Acquirendo, aut Conservando aut Minuendo [illegible] *l. ult. hoc titul.* neque verbis Dicis causa, sed Rebus leges imponuntur *l. 2. C. com. de legat. in fi.*

5. *Formalis*

Forma juris varia est. *Cicer. pro l. Flacc. & in Piso. & lib. 2. De legib. Dio. App. Plut. passim Hotomann. in commentar. Conna. comment. lib. 1. cap. 13.* nam aliud scripto continetur, idque pro diversitate legumlationis varii (alia est enim forma ferendæ legis, alia proponendi Edicti, alia S. C. &c.) aliud verò absque Scripto valet. *§ sine scripto Instit. de jur. nat. c. privilegia cum seq. dist. 3.* Illud commune est omnibus legibus. primum, ut aut Imperent, aut Vetent, aut permittant aut Puniant. *l. legis 7. aut juxta aliot. l. odio 7. hoc t.* quare & Cicer. *lib. 1. de legib.* vocat legem, rectam imperandi & prohibendi rationem, *& lib. 2. de Inven. Her. lib. 2. cap. 4.* addit majorem vim in esse prohibentibus legibus, quam Permittentibus: deinde ut ad regulam summæ illius legis, quam [illegible] mente tanquam κριτήριον & normam omnes juris circumferimus. *Cic. lib. 2. de legib.* congruant & aptentur, *c. erit. autem lex c. facta 4. distin.* Nam quæ huic ex diametro adversantur, non magis legum nomen attingunt, quam Medicorum præcepta dici possunt eorum præscripta, qui pro salutaribus mortifera obtrudunt. Rectè itaque a nostris dictum est, animam legis esse rationem, *arg. l. cum 16. hoc titul. cap. c. lulo 38 distin. 7.* idque demum legis nomen mereri, quod in æquitate consistit, *c. consuetudo dist. 1.* Quamvis vero non omnium ratio reddi possit, *l. non omnium 9. hoc titul.* nec subtiliter sic inquirendum in leges jam latas, *l. & de* [illegible] *tit.* quod & Plato nos prohibet: tamen minimè dubium est, quin certa aliqua & probabili de causa magnaque deliberatione leges omnes Rom. sint rogatæ. Quare si nihil ambiguitatis sit in verbis sensuque legis, merito ei parendum est, etiamsi ratio sit occulta, *l. prospexit. 12. ff. qui & à quib. l. 1. § licet 10. de exerc. act.* ex quo intelligi potest, aliud esse Sententiam legis, aliud Rationem. Sententia est τὸ ὅτι ratio διότι, & causa, quare lex in eam sententiam scripta sit, aliud est autem res, aliud causa rei, ut vulgatum: Rationem dicti non idem esse cum ipso dicto. *l. qui interrogatus. 2. de pet. her.* Porrò ad formam legis, scripturam quoque ad jam requirunt, quod etsi Connanus improbet, tamen quo ad jus nostrum Rom. verum est, quia scriptura specifica est differentia, qua hodie, sublatis illis veterum in statuendo jure solennitatibus, lex a consuetudine distinguitur, *c. d. ult. distin. 1. l. [illegible] de [illegible] § sine scripto Instit. de jur. nat. gent. & civili, vide Bart. in l. 1. num. 3. ad l. Falcid.* eaque re lex inter partes seu species Juris scripti refertur. Quanquam non inficior, in eo quoque etiamnum differentiam esse, quod lex expresso consensu, & approbatione, atque suffragiis, aut certe ex principis authoritate uno tempore & fertur & valet, consuetudo verò tacito totius Populi tantum consensu, nec uno temporis puncto, sed longa diuturnitate inducitur, & temporis progressu vires acquirit *d. l. § ult. ff. de aqua pluv. l. 3. § ductus aquæ ff. de aqua quot. & æst.*

6. *Finalis.*

Causa finalis est, ut harum præsidio tuti ab injuriis simus *Cic. lib. 2. Off.* emendentur vitia, commendenturque virtutes quam rerumpub. anchoram firmissimam Solon esse dixit: & ut in rebus acquirendis, retinendis, alienandis, omnibusque contractibus [illegible] pari jure summi cum infimis teneantur, quod concordiæ civilis fundamentum est. Hæc respiciens Ulpian. *l. fin. ff. hoc tit.* ait, totum jus aut in Acquirendo, aut in Conservando, aut in Minuendo consistere. Quanquam hoc non de universo jure, sed illo quod ad Res duntaxat pertinet, de quo Ulp. eo loco agit, dictum videri potest. In summa, huc omnes leges collimant & referuntur, quod etiam supra demonstravimus, ut quam beatissima sit respub. idque status æquabilitate juris retineatur.

7. *De effectu legum.*

Effectus legum est, ut omnes obliget ad scientiam *l. leges C. de leg. & toto titulo de jur. & fac. ign.* ad obedientiam, *l. decimo 7. de jur. patr. Felinus in cap. 3. num. 1. de jurejur.* aut ad pœnam, *l. 1. hoc titul.* excepto Principe, qui jus rogandi abrogandique juris habeat, legibus solutus est, *l. princeps 31. hoc t.* etiamsi legibus, sicuti par est, vivat *§ fin. in Instit. quib. mod. testam. infir.*

8. *Interpretatio legum.*

De interpretatione verò legum, multa hoc titulo proponuntur, & velut regulis quibusdam apte colliguntur. quomodo similes ad casus ex producenda sint, vel ratiocinatione consultorum. *l. & ideo 11. l. nam ut ait. 13. hoc titul.* vel jurisdictione magistratus, *d. l. & ideo cum ll. seqq.* quomodo Interpretatione quadam temperandæ, quoad mens & verba legis patiuntur, *l. nominis 6. § verbum, de verbor. signif. Bar. in l. sed secundum de parricid. l. contra 29. cum l. seq. hoc titul. l. benignius 18. cum l. sequent. l. nulla juris 25. hoc titul.* nisi aut contra rationem juris quid receptum contineant, *l. quod vero 14. cum ll. hoc titul.* aut certam semper habuerint interpretationem, *l. minimè 23. hoc titul.* Qua item ratione leges inter se conciliandæ. *l. non est novum 26. cum ll. seq. hoc titul. l. unic. C. de inoffic. dot.* & quemadmodum in leges committatur, *d. l. contra cum l. sequente.*

9. *De consuetudine & jure Non scripto: quid sit, quotuplex, quæ ejus causa & effectus.*

Quod ad jus non scriptum attinet, Consuetudo dicitur jus non scriptum, vetustate comprobatum, *Cicer. lib. 2. de Invent. cap. 5. & 1.* vel introductum moribus, *c. consuetudo 5. dist.* tacita quasi conventione, *l. de quibus, l. 32. sed & 35. hoc tit.* aut jus, longa consuetudine approbatum, *d. l. sed & 35.* sive obtentum, *l. quod non ratione, 39. hoc tit.* usus inveteratus *l. pen. de pen.* Justinianus, *§ ex non scripto Inst. de jur. nat. gen. & civil.* hoc modo. Consuetudo est jus, ex non scripto veniens, quod usus approbavit. alii aliter definiunt. *Azo in rubr. C. quæ sit lon. cons. & ibid. Cyn. ac Salic. Angel. in d. § ex non scripto Hostien. Panor. & Can. in rubr. extr. eod.* [illegible] tamen utcunque intelligi, vel ex hac qualicunque descriptione: Consuetudo est jus civile, non pugnans cum lege naturæ, diuturnis utentium moribus, sine scripto inductum. *§ ex non script. Inst. de jur. nat. gent. & civil. C. ud. pop. in proœm. decis. Gr.* [illegible] consensuque populari tacito, per usum longi temporis comprobatum. *l. de quibus 32. hoc tit.* Ut autem de jure scripto, sic etiam de non scripto solius pop. Rom. hic agi putemus, *d. l. de quibus l. 1.* etiamsi in his multa sint, aliis quoque populis & rebuspub. imperium Rom. non recognoscentibus, communia. Nam & hodie jus hoc propter summam æquitatem & prudentiam, jus quasi gentium & omnium populorum bene institutorum commune est *c. 1. de feud. cog.* itaque in genere nonnulla de consuetudine disseremus: præsertim cum in hac nihil admodum peculiare, quod ad quæstionem conveniat, pop. Rom. habeat. Consuetudo [illegible] est. alia generalis, quæ est instar legis, *d. l. de quibus hoc tit.* alia specialis seu localis, quæ vim habet statuti sive legis municipalis *l. de sp. viol. l. 1. 2. C. de ser. l. 1. 2. quæ sit lon. cons. Fab. in d. § ex non scripto Cyn. & Dd. in d. l. 2. C. quæ sit long. cons.* Sunt qui in quatuor species eam partiantur & deducant, videlicet Universalem, Generalem, Specialem, Specialissimam sive Singularem. *Host. in rubr. extr. de consuet.* Consuetudinem autem introducere potest Populus, qui & legem condere, *d. l. de quibus 32. tit.* quod in [illegible] populo minus habet dubitationis: *Bart. in d. l. de quibus num. 11.* in eo qui superiorem recognoscit, plus quæstionis est: aliis [illegible] antibus [illegible] entiam & patientiam Superioris opus esse, *c. cum non ignoret 1. [illegible] Cyn. & alii in l. 2. C. quæ sit lon. consu.* aliis verò [illegible] ntia prædicantibus, sufficere si Princeps superior non contradicat, *Bartol. num. 11. Ias. num. 10. in d. l. de quibus Fab. in l. 1. C. de jurisdic. trimi. & in d. § ex non scrip. ubi Angel. Inst. de jur. nat. gent. & civil. Innoc. & Can. in rub. & c. pen. & c. fin. extr. eo.* quorum sententia usu est recepior. Porro quod arbitrantur plerique, necessum esse, ut aut a toto populo, aut majore ejus parte consuetudo inducatur, id ut in statutis obtineat, *l. quod major 19. ad municip.* certè in consuetudine admitti non debet, neque etiam potest. cum hic usus longo plerumque ignoretur, nec in considerationem veniat. satisque sit actus singulares probare, & de his ostendere, eorum usum in verisimilem notitiam populi pervenisse, *Ias. in d. l. de quib. num. 14. Ro. Curt. in repet. fin. de consuet. Cor. consi.* [illegible] Quod si vel totius populi, vel majoris partis usurpatio esset demonstranda: profecto aut impossibilis, aut difficilis admodum efficeretur consuetudinis probatio. Quare illæ disputationes inutiles sunt. An induci consuetudo possit a muliere, *Bar. in l. hoc tit. Panor. in cap. final. extr. eo. minore, Bar. in l. 2. C. quæ sit lon. cons.* familia. *Dd. in d. l. de quib. & d. c. fin. ubi Curt.* etiam ab uno homine. *Alex. & alii in l. 1. non specialis 0. C. de testa.* Nec enim consideratur à quo sit orta consuetudo, id quod plerumque, ut in vetustis, sciri non potest, *l. si arbiter 28. ff. de probat.* sed, an in notitiam & usum popularem transierit. *Ias. num. 4. & Dd.*

d. l. de

d. l. de quib. Materia circa quam versatur consuetudo, sunt res possibiles atque honestæ. Nam obligatio nulla est rerum impossibilium, l. impossibilium. 185. de reg. jur. & turpium, l. de generaliter. 26. de verb. obligat. & proinde nec jus nullum aut consuetudo. Rei enim non bonæ, consuetudo pessima est. Quare laudabiliter ajunt nostri, Consuetudinem oportere esse rationabilem, cap. fin. ubi glos. ad verb. rationabilis de consuet. Menoch. declarans quomodo est rationabilis. consil. 35 num. 17. 1. nec præscribitur juri divino, Bald. in l. 2. C. de usur. cap. ad audientiam, c. cum venerabilis cap. final. ubi Dd. de consuet. c. ad nostram de probat. Cle. 1. de usur. Schurff. lat. d. cons. 83. prædicta. num. 11 cent. 3. aut naturali, c. frustra. c. quæ contra distinct. 8 cap. 1 de consuet. lib. 6. ulla quamvis longissima usurpatione. Quænam autem sit rationabilis, id arbitrio judicantis relinquendum est. Host. Panor. Bald. in d. cap. final. ad verb. rationabilis, per c. cum venerabilis. de except. Id tamen video nonnullis placuisse, etiam rationabilem usum præscribi tanto tempore, cujus initii non existat memoria, dum tamen in legem divinam aut naturalem aperte non incurrat. Roch. Curt. in rep. d. c. fin. ad verb. rationabilis, vers. Sexto advertendum, per Felin. in c. 5. de major. & obed. nam istiusmodi temporis diuturnitas, privilegii instar est l. 3. ductus aquæ de aqu. quot. & æst. c. super quibusdam. §. præterea de verb. sign. Ias. in l. imperium 3. num. 21. de jurisdict. Schurpff. consil. 72. pro clariore. num. 27. cent. 1. An autem contra jus Scriptum induci consuetudo queat, non dubites in populo libero, cui juris condendi, & expressis, ideoque tacitis etiam suffragiis abrogandi potestas est. d. l. de quib. 32. h. tit. At populis imperio Romano, ejusdemque Principi subditis jus illius consuetudine præscribi, non videbatur concedendum. l. 2. C. quæ sit long. consuet. c. fin. de consuet. Qua re ego arbitror desuetudine legem posse abrogari, superiore scilicet obedientiam non exigente: d. l. de legib. in fin. consuetudinem verò contra legem Principis non aliter induci posse, quam tanto tempore, cujus initii non existat memoria: hæc enim sola vetustate, & non minori tempore, juribus Principalibus præscribitur. l. competit. ubi Dd. C. de præscrip. 30. annor. d. c. super quibusdam § præterea de verbor. signif. Dd. in d. l. 3. ubi Ias. num. 13. de jurisdict. Dd. tamen Bart. Ias. & alii in d. l. de quibus Cano. in d. c. fin. Schurpff. cons. 17. prædicta num. 7. cent. 3. Clar. in prac. cap. 47. indistinctè, etiam contra leges consuetudinem induci ac præscribi decennio in foro civili, 40. verò annis in foro Ecclesiæ arbitrantur c. de quarta de præscript. c. cum beneficio 5. ubi glo. verb. legitima de præben. in 6. Ad inducendam porro consuetudinem nec titulo neque bona fide opus est, Ias. in d. l. de quibus num. 49. sed primum actuum frequentiâ, l. 1. C. quæ sit long. cons. l. ante totum 3. C. de adif. priv. videlicet duorum aut Bartol. num. 11 Ias. num. 15. in d. l. de quib. Azo in rub. C. quæ sit long. cons. in 3. plurium pro arbitrio judicis, Bar. Ias. præall. loc. Can. in d. cap. fin. Bald. & Salic. in l. 2. C. quæ sit long. cons. & maxime judicialium, si haberi possunt. l. nam imperator 38. l. cum de consuetudine 34. h. t. glo. in l. 3. in fin. C. de episc. aud. quamvis quoque extrajudicialibus illa probetur, d. l. cum de consuetudine, & sine etiam actibus consuetudo immemorialis, si testes deponant sic semper fuisse observatum. Fab. § sine scripto Institut. de jur. nat. gen. & civil. Roch. Curt. in repet. c. fina. extr. eod. Secundo diuturnitate temporis. d. l. de quibus cum 2 seqq. d. c. fin. quod Dd. decennium esse volunt: Bartol. num. 14. Ias. num. 43. & 44. in d. l. de quibus 1. jus Sax. 30. & amplius annorum, Fach. diff. 12. Reinh. parte ultim. diff. 5. id quod probabilius, vereque magis & rationi consentaneum est, cum consuetudo jus sit incorporale, nullis soli rebus cohærens. quæ autem sunt ejus generis, tantum 30. annis præscribi soleat. tot. tit. C. de præscript. 30. annor. Hoc autem tempus a primo consuetudinis actu, qui haberi probarique potest, computandum est. Bart. in l. Labeo num. 10. de sup. l. legat. Curt. in d. c. final. in 2. requ. Tertiò requirit Bartol. in d. l. de quibus, num. 12 principium rationabile, ut scilicet non errore, sed certa scientia consuetudo introducta sit. l. quod. non ratione 39. hoc tit. Sed ante dixi, principium consuetudinis non considerari. & alioqui traditum est: Actus consuetudinis in dubio semper præsumi animo confirmandæ consuetudinis factos esse, gloss. & Dd. præcipuè Curt. in d. c. fin. in 7. requisit. ut hujus requisiti magna non sit habenda ratio, nisi errore facti populum consuetudine usum esse, ostendi possit. Præcipuam autem consuetudinis differentiam ac formam in eo consistere arbitror, ut sine scripto in solo populi usu versetur. Nam hac potissimum differentia a lege secernitur. § ex non scripto Instit. de jur. nat. l. jus civile. de just. & jur. Putant tamen Dd. consuetudinem in scriptis redigi posse, facilioris scilicet probationis gratia: neque ea propter naturam ejus immutari. Bar. num. 8. & 21. Ias. num. 36. in d. l. de quibus. Aldo. decens esse communem, num. 4. in § ex non scripto Instit. de iure nat. gent. & civil. Grassus commun. opin. lib. 1. quæst. 1. Ex his autem intelligi facile potest, quænam probandæ sit ratio consuetudinis. Probari enim eam, non tantum allegari convenit, l. 4. de custod. reor. Castr. in l. unic. C. ut. quæ desunt advoc. fac. l. asseveratio 10. C. de non num. pecu. l. sive 16. C. de probat. l. si manifest. 7. C. de servit. cum in facto consistat. Menoch. consil. 37. num. 92. consil. 8. numer. 16. consil. 75 numer. 80. consil. 37. num. 96. consil. 34. numer. 37. Hæc autem ipsa quæ requiri diximus, sunt probanda specificè Menoch. consil. 34. numer. 37. videlicet, frequentia actuum seu usus populi, qui ex frequentia actuum præsumitur, & ut loquuntur, uniformi, latè Menoch. consil. 37. numer. 5 & 67. item temporis diuturnitas. Iason post alios in d. l. de quibus numer. 82. Fab. in d. § ex non scripto. Curt. post alios in d. cap. finali. Et probantur aut scripturis, puta libris publicis, attestatione seu scriptura magistratuum, exemplis rerum judicatarum, c. post cessionem. 7. de prob. Bartol. consil. 1 & d. l. de quibus & in l. 9. C. quæ sit long. consuet. &c. aut testibus, saltem duobus, Bartol. Cynus in d. l. 2. qui idoneam suæ opinationis causam reddant. Bartol. & Dd. in d. l. 3. Fabius in d. § ex non scripto. Roch. Curt. in d. cap. finali. qui ait hanc esse communem, vide Alexand. consil. 4. circa & consil. 131. volum. 2 & consil. 46. visis. volum. 2. Corn. consil. 193. quod ad consultationem. volum. 1. & iidem actibus deponant, aut saltem in genere consuetudinem ita se habere testentur quamvis in redditione causæ. & actibus deducendis sint singulares. Anton. de Butr. & Roch. Curt. in d. c. final. extr. eod. Periti tamen & seniores cujusque loci, qui ita semper observatum esse, nec meminisse contrarium, idemque a majoribus se audivisse testantur, etiam sine alia causæ redditione, ostensioneque actuum probant: Bartol. in l. de quibus, num. 21. Fab. in §. sine scripto Instit. de jur. nat. cum quia de immemoriali consuetudine deponunt, Fab. præall. loc. Curt. in d. cap. fin. tum quod licet ad inducendam consuetudinem, actuum frequentia requiratur, non tamen ad probandam: sed sufficit probari, in notitiam populi eam pervenisse. vide Roch. Curt. in d. § fi. postremò quia peritis etiam sine causæ redditione credi, tralatitium est. Bart. in d. l. de quib. num. 25 Ant. Gab. Roman. lib. 1. de probat. concl. 4. Finis consuetudinis est, qui omnium aliarum legum: de quo scitè dicitur. Omnium legum finem esse externum: aut necessitatem, aut utilitatem subditorum, c. non debet penult. ubi Panor. num. 3 de consang. & affinit. Sicut & Cicero libro de Legibus 2. ait: Supremam legem esse oportere salutem populi: hoc est, legem [illegible], quò reliquæ leges, consuetudines, statuta referenda sint, esse salutem, consociationis humanæ & reipub. communem: pro cujus usu ferri, rogari, abrogari debent, c. erit. dist. 4. cum simil. Effectus non minor quam ipsius legis est, Menoch. consil. 34. num. 8. utpote cum juris civilis species sit æquè atque jus scriptum, d. l. de quib. 32 h. tit. § ex non scripto Instit. de jur. nat. c. consuet. 1. distinct. c. cum sit consuetudo extr. eod. Cyn. in l. 2. C. quan. pro Guid. pap. in præfat. decis. & altera quædam natura: Menoch. consil. 11. num. 25. itaque omnes obligat ad scientiam cum aperta & nota est, item ad obedientiam, aut ad pœnam in contractibus, l. si fundus 6. de evict. l. quod si 31. § quia assidua 20 de ædil. edict. l. sive 32 al. 33. § Lucius de admin. tut. delictis. Auth. qua in provincia C. ubi de crimin. l. sacculari de extr. crim. l. aut facta 16. §. penult. de pœn. judicii l. § final. ubi glo. de testi. Auth. jubemus ubi Bald. C. de judic. & aliis id genus actionibus humanis. l. 4 §. fin. de vectig. l. si quis donaturus 28 de usufr. l. 4. C. de ædif. priv. Imò quod magis est, consuetudo non modo optima interpres est legis, l. si de interpretatione 17. h. tit. verum etiam quando illi contraria invenitur, legi & juri communi derogat. l. item 6. ubi glos. ad verb. vel perpetua quod cujus. univers. l. venditor 13. § si constat. com. præ. l. semper 5. § legem de jur. im. d. l. de quibus 32 hoc tit. Ias. l. 2. num. 14. cum seqq. C. si con. jus vel util. publ. ut nunc quidem moribus ubivis observatur: secundum quos stylus etiam, ac consuetudo Curiarum pro lege habetur. l. ult. in fin. C. de injur. § ult. Instit. de satisd. l. generaliter. 12 C. de rebus cred. Guid. pap. in præfat. decis. Everar. in loc. à stylo cur. & quod secundum consuetudinem fit, dicitur jure fieri c. cum venissent, de eo qui mitt. in possess. & potest ea pro jure allegari, Card. Zab. in cle. sæpe §. & quia in 6 notab. d. verb. signif. vide Ias. & Dd. in l. 2. num. 14 & 17. C. si con. jus vel util. publ. ac pro eo judici esse debet, adeò ut contra consuetudinem judicans litem faciat suam. Auth. jubemus ubi Bald. num. 2. C. de jud. § 1. Instit. de offic. jud. vide Ias. Tiraqu. de pœn. num. 7 in præfat. ac sententia expressè contra consuetudinem lata, perinde atque contra constitutiones dicta sit ipso jure nulla. Felin. in c. causam quæ 2 in fin. de testib. sed contrà Cyn. in l. 2. C. quan. provoc. vide Guid. pap. in proœm. decis. & ibi annotat. marg. Everar. in lo. à stylo cur. Tiraqu. in elegantiss. tract. de pœn. in præfat. num. vide etiam Fel. in cap. ex parte. num. 1. de rescript. Sed de hac alibi copiosius dici solet, l. 1. 5. C. quæ sit long. consuet. c. ult. ubi Ias. & Curt. extr. de consuet.

OBSERVATA

OBSERVATA.

Legis ambiguitas.

N. II. *Lex in hoc.*) Intelligitur civilis: sed ante removenda erat vocabuli ambiguitas. Sumitur vero hîc lex, *pro regula*, instituto, præscripto seu jussu, in ordine ad aliquem finem. Et (1) latissimè denotat *omnem regulam, institutum* civitatis, justum vel injustum. Quomodo Aristot. 4. *Ethic.* 1. dicit *mala lex est quæ tumultuariè scripta*: quæ participat nomen legis, quatenus in ordine ad aliquem finem, præscribit certum operandi modum (2) Latè & generaliter, regulam rectam seu institutum. §. 10. *de i. n. g. & c. l.* 1. 2. 7. *l.* 32. *h. l.* 9. *C. eod.* sive sit scriptum sive non, *l.* 1. *C. ne fide, dot.* Lex enim regula est ad actus morales, quo ad bonitatem & rectitudinem eorum simpliciter, ratione cujus ad eos inducit. (3) Specialiter significat omne *jus præscriptum*, s. expresso consensu sancitum, & opponitur consuetudini, §. 1. *& pen. de i. n. g. & c. l.* 6. §. 1. *de l. & l. l.* 32. *h. t.* Aristot. 10. *Eth. ult. verbis*: *sicut in civitatibus legum instituta & mores.* 1. *Rhet.* 3. *ibi*: *si patria consuetudines institutaque non solvantur.* Ita & L. Aquilia atque L. Falcidia, quæ plebiscita, veniunt nomine legis *l.* 1. §. 1. *ad L. Aquil. l.* 1. *d. l. Falcid.* (4) Strictissimè sumitur pro specie juris Romani quam populus constituit, quæ plebiscito, SCto &c. opponitur §. 3 *& 4. Inst. de i. n. g. & c.*

Quid lex in 2. signif.

Ut sit honestum) Pro varia acceptatione lex variè etiam definiri potest. In secunda in primis & generaliter est *jussum Majestatis quo pacto unumquodque in civitate agendum sit*: vel: *jussio ejus qui in civitate summa potestate præditus est de futuris civium actionibus.* A quibus parum abest illa Clementis Alexandrini 1. *Strom.* lex est *regula justorum & injustorum.* Et coincidunt *ex legib.* recensitæ ab A. h. Papiniani, Demosthenis, Chrysippi, Ciceronis, quas exponit & illustrat nonnihil Grotius *ad l.* 1. *h. in flor. spars.* & Franc. de Amaya *obs. jur. l.* 1. *c.* 3. Eodemque pertinere videntur illæ

Definit. Aristot.

Aristot. 10. *Eth. ult.* ὁ νόμος ἀναγκαστικὴν ἔχει δύναμιν, λόγος ὢν ἀπό τινος φρονήσεως καὶ νοῦ. *Lex cogendi vim habet, cum ex prudentiâ quadam & mente profecta oratio sit*: & 1. *Rhet. ad Alex.* 1. Νόμος ἐστὶ λόγος ὡρισμένος κατ' ὁμολογίαν κοινὴν πόλεως, μηνύων πῶς δεῖ πράττειν ἕκαστα, *lex est oratio definita juxta consensum communem civitatis, indicans quomodo singula oporteat agere.*

Quæ examinantur.

Verum enimvero non deest planè, quod in lusce jure merito in dubium vocaveris. Prima enim ab effectu petita & posteriori, (à coactione, quæ virtus legis in præcipiendo consistens) altera particularis & de statu populari est. Vid. Grot. *ad d. l.* 1. *h.* In qua & lex cum pacto confunditur, quæ leges nihil aliud dicuntur esse, quam ὁμολογήματα sive formulæ jubendi, communi consensu hominum determinatæ, rectè animadvertente Thomâ Hobbio *de Cive.* 14. *n.* 2. Qui etiam bene. *Neque*, pergit, *est ea definitio legitima legis civilis; civitas enim eo loco sumitur vel pro una persona civili unam habente voluntatem, vel pro multitudine hominum, quorum unicuique voluntas privata libera est. Si pro una persona, illud:* communi consensu κατ' ὁμολογίαν κοινὴν πόλεως (*Rhet. ad Al.* 1.) haud *rectè ponitur. non enim habet una persona* consensum communem. *Neque oportebat ponere* μηνύων, indicans, (patefaciens) *quid facto opus esset, sed jubens. Civitas enim civibus quæ indicat imperat. Intellexit ergo per civitatem multitudinem hominum consensu (puta scripto suffragiis confirmato) formulas vivendi indicantem. Hæ autem nihil aliud sint præter mutua pacta, quæ non ante quem obligant, neque ideo leges sunt, quam quàm constituto imperio summo, quod possit cogere, cautum et sit erga cæteros qui aliter ea observaturi non sunt. Leges itaque juxta definitionem hanc Aristotelis, nihil aliud sunt quàm nuda & invalida pacta, quæ tunc demum cum sit qui potentiam civitatis jure exerceat, leges fient vel non fient, illius arbitrio.* Consensus enim seu voluntas sola non facit legem, sed requiritur & imperium actu accedat, & id quod fieri vult Majestas, jubeatur. Unde porro Idem: *confundit ergo pacta cum* legibus *quod non oportuit; est enim* pactum promissum, lex mandatum. In pactis faciam *dicitur*, in legibus Fac Pacto *obligamur*, lege *obligati tenemur.* Pactum *obligat* per se lex *obligatum tenet virtute pacti universalis de præstanda obedientia. Ideoque in pacto prius determinatur quid faciendum est, quam ad faciendum obligamur; sed in lege ante obligamur ad faciendum*, quod vero faciendum *sit, determinatur post.* Sic Hobbius. Neque officit, quod,

Differentia legis à pacto.

1. *Rhet.* lex *ult. pactum*, & pactum *lex propria* & singularis dicatur. Hoc enim verum non est proprietate verborum, sed virtualiter & ratione effectus. Pactio est lex propria, quod cum vim habeat legis apud personas illas quæ invicem pepigerunt, non minus, ac lex, rata haberi debeat. *conf. not. ad tit. de orig. jur. n.* 1. *sub fin.* Unde Cic. 1. *de leg.* pactum est itaque quod inter aliquos convenit, quod jam ita justum putatur ut juri præstare dicatur: Puta quæ. pacta sine legibus (propriè ita dictis) observantur ex conventu. Ipsa lex pactio quædam est, quæ. leges scriptæ ea pacto & conventu (obedientiæ præstandæ superiori,) servantur; nisi enim ita convenirent inter se & paciscerentur homines, nullæ scriptæ leges esse possent. Add. Petr. Victor. & M. Anton. Majorag. *ibid.* Porrò quamvis Arist. *supra d. loc.* utatur voce τοῦ λόγου, *rationis*; id tamen genus legis verùm nō esse haud dubitamus, eo sensu, quo dicere solemus lex est vox magistratus loquentis, vel magistratus est lex loquens, & quæ. per legem declaratur voluntas Imperantis. Quomodo etiam lex naturalis in cordibus nostris loqui dicitur D. Hieronymo *ad Gal.* 3. *& in op. Algasia* 151. *q.* 8. Et *Job.* 23. 10. *&* 11. legitur: à mandatis labiorum ejus non recessi, & in sinu meo abscondi *verba* (i. dictata) oris ejus. Proximum genus est *jussio, jussum seu institutum* vim atque necessitatem, h. e. imperium habens *d.* 10. *Eth. ult.* Nam confert ibi Arist. legem cum jussione patris & domini, & hac in comparatione ad legem dicit esse rationem; hæ enim sunt orationes. Quia vero patris & domini jussus vim & necessitatem non habent, hinc in sequentibus vocem orationis prædicat saltem de paternis jussionibus, leges autem vocat non orationes sed instituta, significans eas esse jussiones non quasvis & in genere, sed quæ vim atque necessitatem habent, h. e. ab imperio profectas. *Paterna quidem jussio*, ait, *neque vim neque necessitatem habet, sicque omnium viri unius, nisi rex aut* talis *aliquis sit.* Et paulo post: *sicut in civitatibus* legum instituta *& mores, sic in domibus paterna* orationes *& mores valent.* Proinde 1. *Rhet. ad Alex.* 1. ubi antea eidem locutus erat de oratione, subjicit: *est enim lex (ut ita dixerim) oratio quadam*, i. e. ἁπλῶς simpliciter, (tenuiter, leviter,) vulgariter. Quibus verbis veniam captat impropriæ locutionis. Et λόγον nemo nescit tam verbum & *sermonem*, quam *rationem* denotare, atque ὁρισμόν i. e. definitionem, constitutionem. Sed & particula *quadam* arguit legem non astringi ad orationem, q. vere sit talis, sed quod ei similis, & proprii sui generis. Quomodo Arist. 4. *Ethic.* 15. verecundiam dicit quandam virtutem; quæ verè talis non est 2. *Eth.* 7. Quod voluntas legislatoris declaranda sit civibus, hoc legi cum patris jussione commune est, & utrumque

Oratio non est verum genus legis.

que fieri potest per orationem, sermonem. Verùm aliud est l. x, aliud sermo s. ul per quod lex declaratur. Lex actio est seu actus (ejus penes quem τὸ νόειν,) cujus proprium facienda *jubere, praescribere, impera-re. vid. l. magn. moral. 34. in pr.* Unde eidem Aristoteli, *in Rhet. ad Alex. c. 2.* lex definitur non oratio, sed civitatis *praecipuus* consensus, & *cap. 3. imperans* consensus. Taceo, quod consuetudo etiam lex est, *l. 32. §. 1. h. t. in ult. c. Rhet. 3. 10. Eth. 9. verb. scripta ne sint leges non nihil interesse videtur. & c. 10. 3. polit. ult.* qui autem illa oratio dicenda, cum non verbis, sed rebus ipsis inducatur? Et quid si lex legem quoque per scripturam definiveris? aut genus grammaticale: pro substantiali, rationesque secundas pro primis habueris? Non ergo oratio est lex, sive λόγον ut προφορικόν (verbalem) accipias, sive ut ἐν διανοίᾳ (mentalem.) Utrobique se prodit genus aequivocum & ens transcendens. Atque hinc factum arbitror, quod plurimi genus *orationis* insuper habentes, legem civilem *per decretum* definiant, per *jussum, praeceptum, praescriptum, imperatum, sanctum*, & sic deinceps. De quibus consulatur Dn. Horneius *Phil. mor. lib. 4. c. 3. vers. verum nos & seqq.* & Suarezius *de leg. lib. 1. c. 13. n. 1.* qui, post recentiorum illam Aristotelis quâ lex oratio dicitur, atque alias, hanc ponit sibi excogitatam: *Lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum. n. 7.* In qua Isidorum secutus est *a. orig. 10.* qui legis has conditiones facit. *Erit, inquiens, lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam & patriae consuetudinem loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.* Caeterùm in terno significatu lex dici potest, jussum ejus qui civitati praeest, constans expresso consensu seu sanctione *l. 32. pr. & §. 1. h. t.* Aristoteli *d. Rhet. ad Alex. 2. est communis civitatis consensus, qui scriptus praecipit quomodo unumquodque agendum sit*, vel, *ut c. 3. est civitatis publicus consensus, qui scriptus terminat atque imperat quomodo unumquodque agenaum sit.* Verùm quae definitiones non minus in hoc laborant quod non sint universales, sed ad statum saltim popularem pertinentes. Wesenbecio lex definitur in quarto & strictissimo significatu, quem in hac Romani juris Scholâ, velut maximè proprium & materiae substratae convenientem, vult retinendum. Cui sufficere videtur quod Bachov. h. ait, etiam constitutiones veras fuisse leges, & postmodum plebiscita. Verùm leges quidem & illae fuerunt, sed tamen nunquam in strictissimo hoc significatu; quod constitutiones à Principe promanent: & plebiscita L. Hortensiâ demum leges factae sint effectu tantùm, à populo vero nec ipsa constituta, nec Senatorio magistratu interrogante. Deinde verissimum est illud Autoris, legem hac strictissima acceptione non modò ab aliarum Rerump. juribus, verùm etiam à reliquis juris Romani scripti speciebus differre; forma enim invicem diversae sunt. Caeterùm negari haud potest JCtos *h. t.* de legibus agere in secunda, & magis in hac quàm tertiâ significatione. Autor etiam initio ad ultimam significationem quae restringit, postmodum relinquit, & parum sibi constans, ad latiores significatus delabitur.

Quid lex in 3. signif.

Wesenb. retinet signif. 4.

Quod defendatur contra Bachov.

Defectus A. a 4. signif.

N. III. *Causa efficiens*) Quae hic habentur non cohaerent cum prioribus. Dixerat (1) *quamobrem & in fin. n. 2.* retinendam esse hoc loco strictissimam legis significationem: & tamen h. ait causam effic. Rom. juris esse populum. Si intelligis strictissimam acceptionem, id falsum est, cum plebiscita, constitutiones & SCta jura Romana sint, & à populo neutiquam procedant. Si latam, species juris scripti, lex sc. malè confunditur cum genere: & tum nihilominus illius causa erit non populus ut talis, sed ut Majestatem habens (2) magistratus quibus populus dedit potestatem condendi juris, non rectè dicuntur causa efficiens, quorum potestas est vicaria, quia ad Majest. collati pro subditis sunt habendi (3) populus nunquam dedit ejusmodi potestatem Senatui: atque tempore Regifugii ipsimet Optimates sibi sumpserunt imperium, (4) nec Praetori haec potestas à populo concessa est; ipsius enim potestas fuit precaria: (erat namque instrumentum q. summae Majestatis, ideo necessarium, quod ab ipsa Majest. omnia expediri non poterant de quibus Hug. Grot. *de i. b. & pac. d. c. 4. §. 6.*) populus ipsemet effecit magistratuum edicta suo consensu, *arg. l. 7. §. 1. de I & I.* (5) Principi quidem jus condendi dedit populus, sed privativè: adeoque quia princeps facit constitutionem, populus non potest dici causa efficiens, sed Princeps: longè verò absurdius Princeps refertur ad magistratum. Ista ante haec aliquoties in A. notavimus: cum quibus postmodum vidimus facere Bachov. *in not.* consentientem. Nunc hic quoque notari meretur, quod distinguit inter legislatores (quales Graeci Romanique interdum condendis legibus dare solebant) qui aliquando privati erant homines legem ex sua quâ callebant prudentia suppeditantes, hodie Cancellarii, Consiliarii Statuum & Principum in suis territoriis) & inter Majestatem quae legibus à Legislatore propositis autoritatem addit. Neque illi propter legum exarationem subditorum numero sunt eximendi, rectè notante Henningo Arnisaeo *de jurib. Mai. cap. 3.*

Senatus jus potuit facere.) Antevertimus notare *ut. praeced. n. 2. verb. subsecuta, in fin.* quae nostra sit de SCtis & *l. non ambigitur h. t.* sententia. Hic A. ea excludit à lege, quibus non conveniat legum definitio: intelligit v. legem quae est strictissimae significationis. At verò exinde nec constitutio Principis lex dicenda foret, quia nec illa fit à populo, nec Senatorio magistratu interrogante. Neque officit, quod populus in Principem jus condendi legem transtulerit, quâ ratione & Grot. *in flor. spars. ad l. 1. h.* putat definitionem *Autoris Rhet. ad Alexandrum: lex est sermo constitutus ex communi civitatis consensu, indicans quomodo quidque fieri debeat*: (rectè ipsi acceptam de populari statu) posse & Principum constitutionibus applicari, ubi Principum potestas ex populi consensu nata est. Nam postquam hoc factum, aliud est populus, aliud Princeps, aliud libera Resp. aliud Monarchica, aliud itaque etiam lex, strictè dicta, aliud constitutio, juxta politica principia. sunt itaque plebiscita, constitutio, SCta. leges in lata significatione vocabuli, non in strictissima.

SCta an leges.

Unde Modestinus l. pen. h.) Vera *l. pen.* interpret. haec est. Jus *quod consensus fecit*, est jus civile scriptum, lex, plebiscita, constitutiones, SCta, et. edicta Magistratuum, quia in his omnibus expressus consensus & sanctio requiritur, *arg. §. 4. 5. 6. 7. I. de i. n. g. & c.* unde lex (in genere) oppositionibus, communis Reip. sponsio appellatur, *l. 1. h.* Jus quod *firmavit consuetudo* est jus civile non scriptum, seu mores, (in quibus quidem itidem consensus intervenit, sed tacitus *l. 32. h. t. §. pen. I. de i. n. g. c.* & illiteratus, sec. Gell. *l. 11. c. 13.*) firmatur enim, dum tacito populi usu paulatim introducitur, *l. 32. h. §. 9. de i. n. g. &* c. Pertinent eodem interpretationes prudentum ad L. 12. tabb. *l. 2. §. 2. & 6. de O. I.* substitutio pupillaris *l. 2. de vulg. & pup. subst.* prohibitio donationis inter virum & uxorem *l. 1. de donat. int. vir. & ux.* Jus denique *quod necessitas constituit* est jus gentium, *arg. §. 2. I. de i. n. g. & 4.* Nam sec. Cujac,

Explicat. l. pen. h. quale sit jus quod consensus fecit, firmavit consuetudo. & necessitas constituit

Cujac. 14. *obs.* 16. Modestinus hanc juris partitionem scripsisse videtur ex loco illo Menandri, ubi ait: *Non jus omne tantùm, sed & omnia aut leges efficere, aut necessitatem, aut consuetudinem.* Menander autem non cogitavit de SCtis Romanorum qui longo tempore antecessit; sed jur. gentium. Hæc argutè ita explicat & commodè Emundus Merillius *lib. variant. ex Cujac.* 1. *c.* 1. & assentit Grot. *d. l. pen. in flor. sparss.* licet in contrarium disputet Bachov. *ad Tr.* 1. *disp.* 18. *th.* 4. *lit. b. verb. quod ex Græcis.* Dd. Aliàs comm. tria illa in *l. pen. h.* referre solent ad illa tria quæ sunt in rubrica: sc. consensum ad leges, necessitatem ad SCta, consuetudinem ad mores. Quin Bachov. *in not. h. & in prot. ad d. l. pen.* ait, insubtilem omnino esse hanc juris distinctionem. At rationis est, ut interpretatione quadam subtiliori Modestinum potiùs defendamus. Neque officit quod sec. Bachov. & interpretationes JCtorum ad ll. 12. tabb. *arg. l.* 2. §. 5. *de O. J.* edicta prætorum *arg. l.* 7. §. 1. *de I. & I.* & constitutiones Principum, *arg. l.* 2. §. 11. *de O. J.* nec non SCta sint ex necessitate *d. l.* 2. §. 9. *eod.* (Add. Id. Bachov. *ad Tr. de L. Aquil. th.* 4. *lit. b.*) Nam postremum hoc falsum esse diximus *supr. ad d. n.* 2. *verb. subsecuta: ait. præced.* reliqua necessitatis sunt satis remotè, & per accidens: at in societate humana longè magis necessaria sunt jura gentium *arg. d.* §. 2. *J. de i. n. g. & c.* quamvis hæc necessitas fortè non sit absoluta, sed consequentiæ magis, quat. homines in societate civ. sine jure gent. vivere non possunt, *juxta not. ad tit. de I. & I. n.* 14. *verb. hoc autem jus.*

Hodie sol. Imp. non condit legem.

Hodie) Videtur affirmare de nostra Rep. solum Imper. leges condere; sed quod oppidò falsum. (1) quia leges citatæ loquuntur de Principe Monarcha, & statui nostri Imperii jam dudum planè immutato male applicantur (2) quia, cum status hodiernus ex veriori sententia sit ex Aristocratia & Monarchia mixtus, non solus Princeps sed Princeps & status Imperii condunt legem universalem, R. A. zu Cölln de anno 1512 *in fin. pr.* R. A. zu Nürenberg de anno 1522 *in fin. pr. junct.* R. A. zu Außpurg de anno 1525. §. und ist derhalben &c. R. A. zu Speyer de anno 1526. §. zum andern &c. Add. Bachov. *in not.*

Quomodo Dux localem.

Localem quisque dux) Si per Ducem hîc intelligit præsidem provinciæ ex veteri Rep. (1) falsum est illum potuisse condere legem, cum nudus fuerit administrator. (2) *l. formam C. de offic. præf. præt. or.* probat contrarium, sc. eum beneficio & ex concessione Principis legem facere. Si verò intellectos vult Principes Germaniæ (1) non rectè nititur ostendere eorum jura ex ll. Romanis. (2) hi legem condunt generalem subditis in suo territorio jure superioritatis, auß Krafft hoher Landesfürstlicher Obrigkeit. Vide Cammerg. Ordn. *p.* 1. *t.* 57. & Goll. *de arr. Imp. c.* 9. *n.* 1. Mingium *de superterrit. th.* 71.

Præsidum & Princ. non recta comparatio.

Non rectè) Ratio aperta est, (1) quia Prætoris & præsidum potestas tantùm fuit temporalis, Principum verò perpetua est & transitoria ad hæredes. Illi nudi fuere administratores, hi vero gaudent jure superioritatis. His autem consequens est, non minus errare illos qui & actiones ex illis constitutionibus localibus Principum venientes, ad actiones Prætorias referunt, quia negata causa & effectum negari necesse est.

An civit. municip. statuta condat.

Decreta) Minùs rectè ad causam effic. referuntur decreta, statuta & sententia judicis. 1. Rectiùs quoad civitates municipales, distinguitur, ita ut possint facere statuta si sint juxta vel secundum jus, modò non sint contra legem generalem, *arg. l.* 5. *de decr. ab ord. fac.* item si præter jus statuant, v. c. de quo jure communi nihil erat dispositum. Cujusmodi & sunt decreta seu dispositiones super administratione bonorum Reip. quales alias facere licet, *l.* 1. *de decr. ab ord. fac.* Si verò statuta sint contra jus, non valent, nisi à superiore confirmentur, *l.* 3. §. 5. *de sepulcr. viol.* Vid. Jas. *in l. omnes popul. de I. & I.*

An hodie.

Et tamen hodiè hæc paulò aliter se habent. Ex quo isti qui provinciis præsunt, regalia nacti & jura superioritatis, illis quoque sine dubio concessa est facultas statuta (etiam contra jus communi) condendi, *d. O. C. p. t.* 57. Subque his & liberas Imperii civitates comprehendimus. Modò non sint de reservatis Imperii, aut de illis, quæ per clausulam irritatoriam, ut vocant, jam ante improbata, Kays. Const. zu Speyr de anno 1529. *post pr. &* §. Damit auch. Vide de his Joh. Herm. Stamm. *de serv. person. l.* 3. *c.* 8. An verò civitates, quæ superiorem recognoscunt, confirmatione indigeant, diversæ sunt DD. opiniones, aliis eam semper esse necessariam ajentibus juxta Bart. *in d. l. omnes popul.*, aliis nunquàm, Sebast. Medic. *tr. de Stat. p.* 1. *q.* 21. & 24. Vasq. *ill. q. lib.* 1. *c.* 47. *n.* 9. nonnullis verò utilem ideoque addendam suadentibus, Schneidw. §. *const. de j. n. g. & c.* Petr. Heig. *p.* 1. *q. ill.* 23. *n.* 29. *& seqq.* Nos sententiam Bartoli, ceu veriorem pro regula constituimus, & quam consuetudo, optima legum interpres observat, amplectimur. Vid. Nicol. Losæ *de jure univers. c.* 15. *n.* 29. Illud notatu dignum, quod, ceu in aliis, ita & in hisce Ducatibus illustr. Br. & Lunebr. præ reliquis attendendæ veniant constitutiones patriæ, statutaque & consuetudines approbatæ, quibus deficientibus demum ad jus Cæsareum, ceu commune, recurritur. Eadem est ratio in Collegiis opificum, in den Innungen/Zunfft und Gülden/ut nec statuta eorum de causis ad opificium spectantibus (si sint secundum vel præter jus,) indigeant confirmatione; cùm à lege ipsa confirmentur, *arg. l. fin. C. de jurisd. omn. jud. l.* 2. §. *f. C. de constit. princ.*

An Collegia opif.

Accedit quod Magistri Collegiorum, die Zunfft und Gildenmeister / habeant quandam jurisdictionem ac potestatem coercendi, & mulctam imponendi collegiatis, quæ ipsis senioribus tribuuntur dum eliguntur. In praxi tamen etiam quo ad hoc contrarium observatur, quat. omninò confirmanda veniunt à quolibet Principe successore, statuta ejusmodi collegiorum, quæ hodie ad jus superioritatis pertinent, & eod. jure, auß hoher Landesfürstlicher Obrigkeit per modum privilegii concedi solent & confirmari. Vid. Wehner. *observ. pract. verb.* Zunfft/Innungen Gildenmeister. III. Judex itidem non potest facere legem, sed ll. generales ex æquitate supplere & extendere, *arg. l.* 8. *C. de judic. l.* 12. *h. t.* quod dum facit per decretum aut sententiam, jus novum non fit, sed jus ab eo applicatur & declaratur.

An judicis sent. lex.

Cæterum princeps leges haud interpretatur, si sententia ejus sit liquida & eadem cum verbis *arg. l.* 11. §. 1. *qui & à quib. man.* (quæ omnino servanda, nisi princeps gratiam facere velit) sed si sententia legis deficiat, ambigua sit vel obscura *l.* 1. *C. h. t. l. ult. eod.* Vid. not. *infr. n.* 7. *verb. vel jurisdictione.*

Objecta Leg. quæ.

Quomodo pers. res & act. summa i. capita.

Persona, res & actiones) Illa potiùs sunt summa juris nostri capita & partes, de quibus agitur ordine in Digestis, & melius Inst. *arg. l.* 2. *de stat. hom.* §. *ult. de I. n. g. & c.* Spectantque ad jus privatorum, quod est de rebus humanis. Neque huc pertinet quod Aristoteli 5. *Eth.* 6. dicitur jus esse minimum inter duas personas, (licet suo sensu verum sit,) quæ circa res (duas) versentur. Nam persona in jure Romano longè aliter consideratur, ut est in conditione civili, & patet. *Inst. t. de jur. pers. & ff. t. de stat. hom.* Res hic personæ opponitur, quæ alioquin & rei nomine venit. Actiones & judicia mixto modo se habent, quat. res sunt

sunt & in patrimonio, *t. de reb. corp. & incorp. in f. arg. pr. in f. l. de act.* & exercentur disceptatione judiciali coram judice & litigantibus. *Arist. etiam agit solum de jure distributivo, non de jure in universum ex instit. universali.* Rectius ergo dixeris objectum legum in genere esse *facienda & non facienda*, quae Philosopho morali dicuntur virtutes & vitia. Non enim haec objectum sunt legum simpliciter, sed ut jussa, ut imperata, quod virtutum qua talium non est: Est enim lex regula justorum & injustorum, praeceptrix faciendorum & prohibitrix non faciendorum, sec. Chrysippum Stoicum Philosophum, citatum *in l. 2. in fin. h. t.* & juxt. Arist. *init. Rhet. ad Alex.* indicans (jubens) quomodo quidque fieri debeat. Adde optime haec explicantem Suarez *lib. 3. c. 12.*

An leges paucissimae esse deb.

Ἐπὶ τὸ πλεῖστον) Obstat, quod lex *in communi* constitui debeat, & ut in singularibus quae caduca sunt, nulla scientia est, ita & in practicis de singularibus quae forte accidunt, nulla sit lex sed sola prudentia. Omnibus namque enim prospicere debeat lex, non tantum id fieri poterit quam si in communi constituatur. Verum hoc non ita intelligendum, ac si paucissimae omnino leges esse semper possint vel debeant, & reliqua soli judicis arbitrio committi. Lex enim humana est de negotiis hominum ex se disparibus valde, atque tam de actibus inter vivos quam causa mortis valde se habentibus. *vid. 5. Eth. 7. 4. Pol. t.* Et qui legem praefecit, rectam rationem praeficit, qui vero hominem, is saepe belluam, propter affectus & animi perturbationes quibus transversus agitur. Unde maxime convenit, *recte* latas leges *quaecunque possunt omnia* diffinguere, h. e. definire, & *ut* qui judicant paucissima relinquere, πάντα διορίζειν αὐτὰς (νόμους) ἐξ ὅτι ἐλάχιστα καταλείπειν ἐπὶ τοῖς κρίνουσι, verba sunt Arist. *1. Rhet. 1.* ubi plures hujus rationes subjicit, ita rectissime expositus ab interprete Rhet. optimo Majoragio. Addesis Petr. Victorium, qui *ad ill. loc. non valde*, ait, *confidit judicibus Aristotel. 3. & scit illos saepe, aut infidiis oratorum depravari, aut propriis utilitatibus moveri. Quare pauca in potestate eorum, ut judicia recte fiant relinqui vult: cunctaque quae res concedit, a legibus definiri; sed alias etiam causas addidit, cur saepissime in legibus scribendis studium summum ponendum sit, ac tunctia, quae fieri possunt, ab ipsis definiri debeant.* add. 3. *pol. 16.* Equidem vapulat propter legum multitudinem apud multos jurispr. Caesarea. Nec, ut videtur, immerito. Veteres enim Romani saltem XII. tabb. habuerunt, Deus ipse decem praeceptis inclusit jura moralia. Aegypti & aliae gentes paucis legibus fuerunt contentae. Verum longe diversa Nomothesiae ratio est, ut facile fatebitur qui modo penetralia ejus recte perspecta habebit. Si intelligas leges proprie, (ut sunt praecepta faciendorum & non faciendorum) leges vel paucissimae erunt, vel certe non adeo multae. Quamvis nec negandum fuerit in illa Rep. in qua magna negociorum & controversiarum copia (qualem esse Romanam & Germanicam extra dubium est) multas requiri leges, & pauca judici juxta arbitrium suum esse relinquenda. Leges enim positae omnia quae possunt, definire debent, ita ut quam paucissima in arbitrio judicis relinquantur; Judex enim affectibus est obnoxius, lex non est, *1. Rhet. 1. v. 13.* lex mens est sine appetitione *3. Pol. l. 1.* Omnis enim Romanarum legum doctrina *t.* pertinet ad compilationes partium juris *t. de conc. Dig. in tot. Dig. & c. 2.* ad historiam in primis, ut *t. de O. I. & plurimi de offic. magistratuum.* 3. ad constituendum Jurispr. in genere *lib. 1. ff. t. 1. 2. 3. 4.* quo & multa spectant ex Inst. & Cod. 4. quae propria sunt Jurispr. illa nec proponuntur in modum praeceptorum, sed in modum Artis. Sic enim pro legibus habentur commentarii JCtorum ad L. XII. eorumque responsa *d. §. 6. de conc. Dig.* edicta Praetorum & SCta, illorumque latae explicationes & interpretationes: notationes vocum, distinctiones ambiguitatum, Synonymiae, definitiones, partitiones; regulae, tam universales quam particulares: responsa Impp. in C. & Novellis: jura constituta de personis, rebus & actionibus, per omnes juris materias ex intimo saepe naturae gentium jure, optime exposita, *vid. l. 31. depos. l. 1. de pact. l. 1. de const. pec. l. 15. de condit. & usufr. & pass.* Sin legem accipias improprie, prae eo quod quocunque modo ad artus Juris sive jurispr. intellectum & explicationem facit, *Constit. de conc. Dig. §. 6. 8. t. de const. Dig. t. C. de V. I. E.* jam lusus in verbis erit. Quidni enim liceat & huc nobilissimae Prudentiae, principia seu praecepta propria & communia, controversias, decisiones & quaecunque alia ad solidam ejus culturamque doctrinam pertinentia (quae in alias quoque disciplinis saepe in immensum excrescunt & prostant) collecta habere, ut quam rectissime edoceatur? Quin hoc praestat inclitis Jurispr. illa & sibi gloriari potest, quod compilatorem Imperatorem ipsum habeat, justitia & ratione nixatur, eoque nomine maximam, tum apud Romanos, tum penes alios (post patria eorum jura) recepta & adepta sit auctoritatem, ad quam nullus unquam gentis Leges pervenerunt, quod argumentum egregio libello *de usu & authoritate juris civilis Romanorum in dominiis Principum Christianorum, per Italiam, regnum Neapolis & Siciliam, Gallias, Belgium, Hispaniam, Lusitaniam, Angliam, Scotiam, Poloniam, Hungariam, Daniam, Bohemiam, &c.* nuper tractavit Arthurus Duck LL.D. Gemina quoque de jure Suecanico collatum cum legibus Romanorum, scriptis editis professi sunt clarissima juris nostri in Suedia, & Finlandiae Acad. Aboensis lumina Loccenius & Wexionius. Nihilominus vero quaecunque tractat Caesarea Jurisprudentia, ad L. XII. tabb. tanquam ad fontes ipsos facile revocaveris. Sive enim summa rerum genera tractata spectaveris, in Pandactis, (quae voluminis sunt juris principale) septem Digestorum partes totidem Tabulis, & quidem singulas singulis respondere videbis: sive etiam singulorum inter se titulorum & capitum connexionem attendas, equidem non modo Salvium Julianum (Edicti perpetui autorem) verum & Tribonianum in locis bene multis XII. Tab. ordinem secutum comperies. Ut Tab I. agit de in jus vocando, ita & pars 1. Digestorum post generalia juris, de in jus vocando aliisque judicio uti praeparatoriis. Tab. II. tractat de judiciis, pars 2. de judiciis & in primis realibus. Tab. III. de rebus creditis, pars 3. de juribus personalibus rerum creditarum. Tab. IV. de jure patrio & connubii, pars 4. de juribus pignorum, matrimoniorum & tutelarum. Tab. 5. de jure haereditatum, &c., pars 5. de ultimis voluntatibus. Tab. VI. de jure dominii & possessionis, pars 6. de bonorum possessionibus judiciis praejudicialibus, dominio, usucapionibus, possessionibus, actionibus, &c. Tab. VII. de delictis, pars 7. de stipulationibus, delictis & criminibus. Supplementum Tabulae primae 2. 3. 4. & 5. est tabula XIma. Atque huc quoque referendae sunt materiae Codicis a lib. 1. t. 12. usque ad librum 9. nec non Novellae agentes de jure privato, totique libri Isagogici Institutionum. Quod de jure publico habet Tab. IX. de eo nonnihil habet lib. ult. Dig. & plura libri tres Codicis posteriores tractant de jure Sacro Tab. X. est, & parum XI. de eod. nonnulla habet lib. 1. Cod. & plura aliquae Novellae. Caeterum ut Pomponius authoritate Theophrasti *in l. 3.* & alii *in l. 4. 5. & 6. h. 10. & 12. h.* dicunt, jura constitui oportet

An jurispr. Roman. laboret multitudine legum. Negatur.

Summa autoritas leg. Rom.

Leges Justin. revocatae ad L. XII. tabb.

Leges fiunt de iis quae ut plur. fiunt.

Probatur ex legib. Aristot.

oportet de his quæ ἐπὶ τὸ πλεῖστον i.e. ut plurimum accidunt (frequenter & facilè) non quæ ἐκ παραλόγου (inopinato) perraro, semel aut bis: ita & Aristot. 5. *Eth* 14. inquit: lex id sumit quod ut plurimum fit, & nihilominus rectè se habet: ac paulo post: quando igitur lex in universum dixerit, & præter universale postea quippiam contigerit, rectè se habet si qua legislator omisit, absoluteque ac simpliciter peccavit, corrigatur defectus: id quod legislator etiam ipse, si adesset, dixisset, & si scivisset, ita præscribentem legem instituisset. In 2. *pol.* 8. *sub fin.* ut in aliis artibus, sic etiam circa civilem constitutionem, ait, *impossibile* est singula ad minimum usque scripto comprehendere; necesse est enim ut generaliter scribantur, actiones autem circa singularia fiunt: & porro: constat, dicit, errata quædam esse toleranda & legumlatorum & magistratuum.

Eustratio.

Exponit hæc eleganter Eustrat. *ad d. 5. Eth. 14. necessarium,* inquiens *esse ostendit* (Arist.) *legem quæ ex pacto constat peccare ob rerum indeterminationem, quæ aliàs aliter evenire consueverunt; nam lex in universum sancit, eum qui depositum non reddiderit, infamem esse, atque ignominiosum. Peregrinum item, si murum ascenderit, à civibus esse interficiendum: nec non eum qui rem cum aliena uxore habuerit, castigari debere. Atque unum quodque horum, id est infamia, interfectio, & castigatio, justum est plerunque. Sed accidit tamen, ut interdum justum minime sit, sed peccatum. Quomodo enim errans non est ac peccans jus illud, quod puniri jubet eum qui tyranni uxorem violavit, atque ita interfecto tyranno patriam in libertatem asseruit. Quo modo item peccatum non est, existimandum vel maximum, peregrinum eo nomine velle interficere, quod ingruentibus hostibus in murum ascendens fortiter se gesserit, atque urbem defenderit? Cum igitur lex in universum abstinendum esse ab aliena uxore præscribat, ac propterea ad supplicium trahatur ille etiam, qui tyrannum eo modo interfecerat, æquus & bonus hac in parte defectum legis corrigit. Si enim id novisset legislator eventurum esse, lege procul dubio addidisset, lexque in hunc modum fuisset scripta. A quàcunque aliena uxore abstinento, præterquam tyranni, si ex tali concubitu civitatis libertas procuratur & item: Peregrinus unusquisque qui in bello murum ascenderit, occidatur, nisi is qui defendendæ urbis causa id fecerit, fortiterque se gesserit. Ubi ergo fieri non potest ut de omnibus recte leges instituantur: de iis quæ ut plurimum eveniunt, institui consuevere. Ut plurimum autem malum est, adulterium committere, & peregrinum in murum ascendere & depositum non reddere, atque hujusmodi cætera: non tamen semper, ut dictum est,*

Thomâ

Gemina his sunt quæ adnotavit *ad d. 2. pol.* 8. Thomas. *Quia enim particularia sunt, ait, infinita, non possunt comprehendi ab intellectu humano, ut de singulis particularibus lex feratur. Et ideo oportet, ut lex in Universali feratur, puta: quicunque fecerit homicidium occidatur. Manifestum est autem, quod de quibusdam intellectus noster potest aliquid verum dicere in Universali: sicut in necessariis, in quibus non potest defectus accidere. Sed de quibusdam non est possibile, ut dicatur aliquid verum in universali, sicut de contingentibus. De quibus, etsi aliquid sit verum ut in pluribus, ut in paucioribus tamen deficit. Et talia sunt facta humana de quibus dantur leges. Quia igitur in talibus necesse est, ut legislator universaliter loquatur, propter impossibilitatem comprehendendi particularia, nec tamen est possibile, ut in omnibus recte se habeat, quod dicitur propter hoc, quod deficit in paucioribus: legislator accipit id quod est ut in pluribus, & tamen non ignorat quod in paucioribus contingit esse peccatum, sicut etiam naturaliter fit quod homo quinque digitos habet, & tamen novit, quod propter errorem naturæ, ut in paucioribus accidit aliquos habere plures, vel pauciores.*

Quare lex fiat de iis quæ ut plurimum contingunt.

Ex quibus equidem manifestissimum est, causas quare leges (ut plurimum) sint de iis quæ fiunt ἐπὶ τὸ πλεῖον, præcipuè quatuor existere I. ratione materiæ, quod leges statuuntur de rebus contingentibus (actionibus, negotiis hominum) quæ sunt indeterminatæ, (infinitæ,) h.e. non certo modo, sed nunc hoc jam illo se habent. Ideo inter hæc non determinata, potius statuendum de eo quod ἐπὶ τὸ πλεῖστον obtinet, quia hoc certius altero habendum, quod rarò accidit: ut sic capiatur talis terminatio, & finitio qualis capi potest ex natura rei subjectæ; II. quoniam hæc conditio quoque legislatoris est, qua hominis, quod possit quædam omittere. *d. 2. polit.* 8. III. sunt negotia civilia non parum incerta etiam ob infinitam penè multitudinem circumstantiarum, quæ humanarum actionem naturam immutant, quas omnes prævidere & accuratè definire non potest congenita homini judicii imbecillitas, *l. 10. l. 12. h.* IV. ratio est, quia omnia particularia (quotcunque modis aliquid fieri unquam potest) legibus comprehendere, est ἐκ τῶν ἀδυνάτων, possibile autem statuere de iis quæ frequenter accidunt: quomodo Celsus in *l. 4. h.* ait: *ex his quæ fortè uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur.*

Unde exempla harum petenda.

Cæterùm Exempla hujusmodi legum, licet in jure nostro plurima existant, illa tamen repetire facilius licet in legibus propriè sic dictis, quæ per modum præcepti statuuntur, ut sunt L. XII. tabb. Statuta, & sic deinceps; quia, ut supradictum, leges Justinianeæ in modum artis quàm latissimè traditæ sunt, ita, ut de illis quæ ἐκ παραλόγου aut rarò accidunt, nonnunquam statutum habeant. Exemplum præ cæteris insigne est in *l. 31. deposit.* ubi sancitur depositum esse reddendum ei qui deposuit *vers. hoc est b. fides*: verùm additur, deponenti id non restituendum si is sit deportatus & bona ejus publicata, non si is latro sit in repetitione ejus cùm vero domino concurrens, *d. l. pr. &* §. 1. adde, si is factus nunc sit furiosus. Depositum reddendum esse ei qui deposuit, est ex iis quæ fiunt ἐπὶ τὸ πλεῖον; ut plurimum enim ita fit; quod ita contractum fuerit: non reddendum esse dictis casibus, ad illa referendum, quæ aliquando possunt accidere. Ita in *l. 12. de testib.* ad hominis testimonium duo testes sufficiunt, sed in *l. f. C. de eod. l. ult. C. de don. mort. caus.* quinque requiruntur, septem in *l. 21.* §. 2. *C. de testament.* pauciores in *l. f. eod. & c. relatum X eod.* Prius fit *ut plurimum.* Lex Julia de fundo dotali per maritum non alienando loquitur; viri enim qui contraxerunt matrimonium, alienare sic solent: si autem accidat ut alienet sponsus, non minus mulieri prospectum censebitur, *l. 4. de fund. dot.* hoc rarò fit, illud ὡς ἐπὶ τὸ πολύ. In eum qui corrupit quod publico edicto propositum est, pœna statuitur C. aureorum; committi enim hoc solet crimen ubi quid jam propositum (affixum) existit: quod si autem dum proponitur, vel ante ejus propositionem quis corruperit, pœnæ quoque locus est, *l. 7.* §. 2. *de jurisd.* Si vero quis ex decalogo fortè exemplum capere velit, de quinto præcepto, is facile animadvertet, licet id universaliter sit conceptum, non tamen obtinere in homicidio necessario, quodque à magistratu in sontes exercetur; quæ rarò fiunt, prius ut plurimum. Ex L. XII. tabb. quinta est: *paterf. uti legasset super pecuniæ tutelave suæ rei, ita jus esto.* Verum postea adeò illa est coangustata, vel interpretatione, vel legum authoritate, *l. 120. de V. S. pr. I. de l. Falcid.* non nisi particularem propositionem faciat, hanc: quoddam quod paterfam. de rebus suis legat, pro jure esto. In primis

autem huc referri possunt illa quæ nonnunquam extra ordinem à legislatoribus constituuntur. Hoc enim fieri solet tunc ubi rectâ viâ & ut plerumque aliâs fit, procedere planè non licet, puta, quod rei magnitudo, exiguitas, aut certè qualitas (quod sit vel indifferens, vel obscura, intricata ita ut exitum non habeat, vel dubia, incerta & anceps, sic ut ambiguitate distractus animus nesciat quid potissimum sit amplectendum) hoc exigit. Res enim ordinariè & ut plurimum ita se non habere certissimum est. Ita j. civilis Professorib. jus non dicitur (dando ordinariam actionem) *l.1.§.2.& seqq. de extr. cognit.* Ob rem minimam restitutio in integrum non conceditur, *l.4. de in integr. restit.* de aleæ lusu jus non redditur *l.1. de aleat. add. l.9. 10. de dol. mal. l.6. de cess. bon. l. ult. de judic. l.17.§.2. de instit. act. l. quoniam in f. C. de heret. l.8. depos. §. ult. verb. mediam viam. qui & ex quib. caus. l.9. c. de jur. Reip.* Atque exinde extitit, quod JCtis subinde in ore est, hoc vel illud esse verum regulariter, aliud specialiter receptum, *l. regulariter 9. de hered. pet. l.1. l.201. regul. jur.* procedere per regulam & exceptiones i. limitationes, *l.5. de prob. pr. l. de satisdat. f. C. in quib. caus. rest. in integr. c. ad decimas de restit. spol. in 6. l.12. §.43. vers. denique de instr. & instr. l.4. §. f. de pen. leg. l.3. § f. de prævaricat. l.5. C. de repud. l.19. C. de collat.* Ubi tamen minimè gentium censendum est, propterea legum adeoque & Juris prudentiæ nostræ nullam esse certitudinem. Hocque nunc animus est accuratius quàm olim factum proponere & rei veritatem ostendere. Et I. etiamsi lex prædicto modo se habeat (statuens sc. de iis quæ fiunt ἐπὶ τὸ πλεῖστον, universaliter) nihilominus tamen rectè se habet sicubi postea præter universale quippiam contigerit, verba sunt Philosoph. *d.5. Eth. 14. Nec enim hoc peccatum est ex parte legis, quia rationabiliter posita est, neque ex parte legis latoris, qui locutus est secundum conditionem materiæ, sed est peccatum ex natura rei. Talis enim est materia operabilium humanorum, quod non universaliter sint eodem modo, sed ut in paucioribus diversificantur, sicut reddere depositum secundum se justum est, & ut in pluribus bonum; in aliquo tamen casu potest esse malum*, loquor cum Thoma *ad d.l.* Dein pertinet huc illud Galeni *l.4. de rat. vict. in morb. acut. Omnis doctrina ex universalibus recipit incrementum; quæ si perpetua fuerint, primam habent utilitatem: si vero magnâ ex parte, secundam: quod si anceps quippiam vel rarum fuerit, id ad doctrinam inutile censendum est.* Hoc enim ut in universum sane, ita etiam de juris prudentia verissimum est. Quibus gemina sunt quoque illa Thomæ *ad 5. Eth. 10. Intellectus noster de quibusdam potest aliquid verùm dicere in universali, ut in necessariis, in quibus non potest defectus accidere: de quibusdam verò impossibile est ut dicat quid verùm in universali, ut de contingentibus, de quibus etsi aliquid sit verum ut in pluribus, in paucioribus tamen deficit, ut sunt facta humana de quibus dantur leges.* II. Principia propria Jurisprudentiæ alia ex jure naturali sunt, alia ex jure gentium, quædam ex jure civili, *t. de j. n.g. & c.* Quæ juris naturalis, certissima habere fundamenta, nemo ignorat; quia jus illud divinâ providentia constitutum est, *§. pen. d. t.* Demonstratur ergo à priori ex convenientia rei cum natura rationali, quam Deus homini indidit: A posteriori ex Observantia apud omnes gentes, aut certè moratiores. Comprehendit (1) universalissimum primumque principium practicum: *bona sunt facienda, mala fugienda*: (2) continet minùs universalia seu Conclusiones proximè inde deductas, quæ vulgo præcepta juris vocantur, *§. pen. de inst. & jur. conf. Observ. ad Wesenb. ff. eod. t.* Collocabo autem huc & jus naturale improprium cum brutis commune, quo ad nonnullos effectus. Ut sunt liberorum educatio seu præbitio alimentorum, *pr. de j. n.g. & c.* & sui defensio *l.1. §. 11. si quadr. paup. fec. dic.* Et hæc sunt quæ *Dignitates* appellantur Bartholomeo Viotto *de demonstrat. l.5. c.6.* h.e. præcipua demonstrationis capita. III. Licet Idem existimet, in gentium jure non facilè demonstrationes inveniri, cum pro hominum voluntate sit constitutum, & ab eorum arbitrio dependeat: tamen & hocce jus quodammodo commune est omnibus hominibus ut naturale: unde etiam utrumque gentium appellatur, *§.1.2. de j. n.g. & c. l.9. in f. de leg.* Nec non ut materia juris gentium inter solos homines locum habet, ita etiam materia juris naturalis hominum propria existit, rectè docente Hugone de Roy *de eo quod justum est, l.1. c.2. §. 4.* Demonstrari quoque jus gentium usu continuo & testimonio populorum à posteriori, indubium est, & tradit Grotius *de J. b. & p. l.1. c.1. n.14.* IV. Neque de civili jure aliud dicendum fuerit, licet & in hoc cespitet doctissimus Viottus. *Lex est fundamentum*, ait Aristoteles 3. *Rhet. 17. in judicialibus, qui verò habet principium, eum facilius est invenire demonstrationem.* Innititur eadem axiomati universalissimo. bona esse facienda, mala fugienda, *l.2. de leg.* Hinc justum & injustum *Legitimum* ortum accepit, *5. Eth. 10. 1. magn. moral. 34.* δίκαιον καὶ ἄδικον τάξει, à quo aliud δίκαιον καὶ ἄδικον φύσει. Hinc Lex regula dicitur, dux & regina, præceptrix faciendorum & prohibitrix non faciendorum, *d. l. 1.* Adeoque est medium, demonstrandi in negociis hominum quid justum sit vel injustum. Idque V. inprimis beneficio Forensis interpretationis, quæ & vera ac falli nescia præcepta habet, & ad casus individuales exercitè applicanda. Etsi verò lex civilis à voluntate constituentis dependeat, sitque merè sit positiva adeoque mutabilis, & hoc tamen ejus certitudini minimè officit. Aliter enim se habere potest demum diverso tempore, si ei qui posuit initio, deinceps aliter placuerit, *§. pen. de jur. n.g & c.* Secus est si loquamur de temporis identitate. Nam etsi, antequam feratur, multum referat quomodo constituatur, cum materia tunc sit indifferens sese que æquè habeat ad utramque partem contradictionis: Tamen illo tempore quo est lata, amplius non refert, sed contradictionem excludit, atque ita ut posita servanda est, *5. Eth. 10.* unde etiam dicitur valere ex Positione, ex constituto. Et porro sufficit quod lex statuat de iis quæ ut plurimum contingant, *5. Eth. 14. 2. Pol. 8. l.3. l.10. de leg.* quorum ut ratiocinatio ita quoque demonstratio exstitit. Estque hæc quæ vulgo Hypothetica vocatur, vel ex Impositione, quod fit de eo quod institutum ab illo qui potestate pollet in Rep. vel arbitrariâ conventione receptum valet: & eatenus non potest aliter se habere; juxta vulgatum quod semel placuit, amplius displicere non potest. Hocce loco meretur appellari Moralis, de Necessario Mutabili, quod in genere morum & vitæ humanæ statu non potest aliter se habere, *licet absolutè sæpius ex mero arbitrio dependeat.* Igitur sic necessariæ sunt istæ propositiones demonstrationum Juridicarum, quæ è principiis impositivis tanquam primis, hoc est è statutis hominum & legibus positivis, qua talibus deducimus, rectè advertente. Dn. Erhardo Weigelio *in demonstr. Aristot. Euclid. sect. 1. c.3. §. 8. & 9.* Cæterum de singularibus in foro agitur, quod prudentia non modò in universalibus versetur, sed & in crebris actionibus usque exerceatur, & in iisdem conspicua existat, *6. Ethic. 8.* Eædé verò & in communibus fundamentis suam certitudinē jam ante habent & præsupponunt, ut Metaphysicis, Physicis, Medicis, Chirurgicis & similibus: Quin & in Prudentia Civili

Nihilom. juris pr. certa est.

&

& Morali radicantur. Omnes enim actiones civiles, quæ JCti objectum, sunt quoque actiones politicæ atque morales. Ex principiis namque Prudentiæ, Reip. Justitiæ & Legum Facultas nostra omnis composita est. Si autem in his datur demonstratio, qui Jurisprudentia de ea non participabit? cum nec demonstrando de genere in genus suo modo illicita sit transgressio? Et alioquin concedendum foret nec quidpiam rerum humanarum certum existere, nec in Rep. in qua non nisi singularia aguntur, nec in artibus, quarum actus omnes sunt singulares, sed easdem in incerto vagari: quin neque arte neque prudentia opus esse! VI. Taceo nunc, si de singulis juris materiis quæstio sit, non minùs omnium veritatem & certitudinem existere: Quod in Probationibus maximè conspicuum, quibus in judicio ita fit fides, ut JCto bona conscientia aliquem vel condemnare vel absolvere liceat. Fides enim demonstratio quædam est, quia tunc fidem habemus maximè cum demonstratum esse arbitramur, inquit Philosophus *1. Rhet.1.3. Rhet.*17. hoc autem fit vel artificialiter excogitatis productisque in medium optimis decidendi rationibus, vel inartificialiter per probationem ad sensus, testibus, instrumentis & sic deinceps, quemadmodum animus est per omnia Judicialis generis capita pluribus accuratè ostendere *discursu de Statibus legum causarumque judicialium*, qui mox lucem videbit. VII. Cum potissimi demonstratorii loci existant definitiones, causæ & effectus, crediderim Autorem nostrum aptissimum esse præ cæteris qui in jure nostro demonstrandi genera modumque suppeditet, cum ejusmodi ordinem usque servet & prosequatur. IIX. hic recolendum, quod juxta principia primæ Philosophiæ quædam necessaria sint absolutè, nonnulla ex hypothesi: *Aristot. de partib. animal. l.1.c.1.* ubi dicitur necessitatem in rebus æternis inesse simplici absolutâque ratione, caducis autem gignendisque omnibus tribui ex suppositione; sicque in artificiosis, ut ædibus, & quibusvis aliis (adeoque & contingentibus) generis ejusdem: *add. Idem eod.c.p.*105. Utramque verò (& quæ simpliciter & hypothesi necessaria) scientia atque demonstratio est, ergo & rectitudo, certitudo, *11. Metaph.* 7.1. *anal.post.*15. *& 2.Phys.ult.6.Top.3.8.Top.2.conf. notata ad prac.tit.* Actiones seu negotia hominum posterioris quidem sunt generis: Sed & iisdem sua necessitas est, prout maximè secundum *omnes species causarum*: nec non effecta atque circumstantias considerantur, vel secundum *principia rationis*, de quibus supra ad *prac. tit.* actum *ex 1.pr. Analyt.*27. *&* 30. vel ut *ordinariâ, extraordinaria aut singulari ratione* in iis quid justum esse potest: nec non ratione naturæ & conditionis legum Reip. atque justitiæ, ut expositum longa serie supra *ad tit. de l. & l. fact.* Neque officit, quod actiones ita sint contingentes, ut in nostra potestate sit eas exercere vel non, adeoque prorsus & ab omni parte videantur arbitrariæ, quæ æquè se habent in utramque partem contradictionis. Nam (1) id verùm est ut non exercitæ considerantur, unde *in l.6. de C. de O. & A.* rectè dicitur, contractus initio sunt voluntatis, ex post facto necessitatis. (2) etiam ut sint in fieri humanæ actiones, JCtis tamen non simpliciter arbitrariæ, habentur, sed tantum secundum quid: quia juxta legem, quæ regula, dirigendæ sunt, ut justè exerceantur, perficiantur, *l.2. l.3. de legib.* Indeque JCtus non modò scire & judicare potest an actio jam exercita, justè vel injustè se habeat, & si hoc, quomodò corrigenda: verùm etiam quomodo illa justè sit instituenda, exercenda; quia lex dux est, regula (justorum & injustorum,) præceptrix (faciendorum) & prohibitrix (non faciendorum) *d. l.2.* Deinde non conturbat hic,

Qualitas certitudinis & demonstrationis.

Quat. actiones hom. arbitrariæ.

Quat. jurispr. fit universalium.

quod dicitur prudentiam esse quoque universalium, *6. Ethic.8.5. Eudem.7.* unde falsum videbatur, quod sit de iis quæ fiunt ὡς ἐπὶ τὸ πολύ. Nam explicandum hoc est ex eodem Phil. *1. Rhet.2. vers. ut Medicina 1. Metaph.1. vers. nascitur & 2. Eth 2.* ubi ait: *cum ita se habeat sermo universalis, longè minus ille qui de singularibus agit, habet aliquid accuratum; nec enim sub artem, nec sub praeceptionem aliquam cadit.* Nimirum illa in quibus versatur doctrina aliqua (hæc enim vocantur Philosopho universalia, universalis sermo, vel sunt universalia, vel particularia: Illa ipsa v. c. in quibus doctrina versatur) non sunt principia illius Artis, sed ea quæ ex principiis deducuntur; & hæc ab illis differre nemini non constat. Bene itaque hæc simul possunt consistere, ita ut & legum nostra prudentia agat de iis quæ singularia & quæ universalia. Ita universale est, (universalis sermo) quod dicitur deponenti depositum esse restituendum, *l.21. depos.* sat singulares sunt casus (hominum actiones quando statuitur depositum deponenti restituere esse injustum, *c.pr. & §.1.* & de similibus supra inculcatis idem judicium est: Deinde etiam sic in universalibus legum prudentia occupatur, ut, ubi perfecta est, conjuncta sit cum aptitudine judicandi de singulis civilibus actionibus, si occurrant, sive quà instituendis juxta legum normam; sive quà institutis an justè vel injustè se habeant, examinandi, *d.l.2.h.t.* Quin & ita de singularibus nobis agitur, quat. humana actio exerceri non potest nisi cum certis, (minimum septem) circumstantiis moralibus, quæ per rerum naturam aliter quàm singulares esse non possunt, quod actus in uno aliquo quod ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ fiat, non semper determinetur, *arg. d.l.3. 4. & seqq. h.t.*

Quod non intelligendum de princip. ex quib. jura deducuntur, sed de materiâ jur.

Vel de aptitudine judicandi etiam de singularibus,

Vel quat. exercitium. actionum fit cum singularibus h. e circumstantiis.

N. V. *Nam aliud scripto*) Verùm Distinguendum hic statim erat inter formam legis substantialem & accidentalem. Scriptura ad essentiam legis non facit, quia nihil interest an ita constituatur ut scripto comprehendatur, an ut memoriâ tantum vel alia ratione conservetur, Arist.10.*Eth.*9. Vid. not. *in fin. n.7. verb. omnes obligat.*

Illud commune) Virtutes legis quibus [de] *in l. 7. h.* agitur, nunquam ad formam pertinent, sed ad effectus. Virtutes enim in jure sæpè effectum denotant. Accuratius loquendo duo sunt primarii legis effectus; *pracipere sc. & vetare.* Præcipiunt leges Affirmantes, quæ jubent fieri bonum, vetant verò leges Negantes quæ prohibent fieri malum. Harum vis major est & omni tempore obligans, quia quæ præscribunt faciliora sunt servatu, nempe malæ rei omissio. Illarum diversa ratio est, quia impossibile est simul & eodem tempore diversa bona perficere. Addunt his *in l.7.h. permittere & punire*, quorum illud approbat Thom. *1.2. q.92. art.2.* & est eorum quæ facere licet sine obligatione, quæque necessitatem nullam imponunt & ἀδιάφορα vocantur. Verùm propriùs hic effectus non est legis, cùm, uti diximus, fit absque obligatione; additur tamen propterea, quod multa in jure obveniant, quæ sapiunt permissionem, neque prohiberi alieni nequeunt, & distinguenda sunt à præceptione. Nisi fortè dixeris, quod *permittere* participet de imperio & vi coactiva M[od]estin. permittere est *vim addere, ne quis quod non injustum est, facere impediatur.* Nam τοῦ ἐπιτάττειν h. e. præcipere, vis & coactio hactenus in jubendo, vetando, & permittendo consistit. Exempla sunt *in c. omnis d.31. de concubin. l.1. C. de ingr. lib. c. C. de revoc. don. auth. matris & avia. C. quand. mul. tut. offic. c. si quis de furt. l.2. C. de patrib. qui fil. distr. l. qui ait, §.1. ad L. Cor. de sic.* Vid. Greg. de Valent. *disp.7. q.1. punct.1.* Domin. Sot. *lib.1. q.2. art.1. & not. ad t. prac. de differentiis permittendi* [illegible] *dis.*

Quæ legis virtutes l. 7. h.

præcipere vetare.

dit. *Punire* quoque ad legis effectum primario non pertinet, quia non sequitur immediate ex lege, sed ex *delicto*, quod lex vetat; nec enim pœna infligi potest nisi commissum delictum præcesserit: & vero lex omnis non vetat. E. nec effectus legis per se est punire: Quin etsi lex prohibens delictum, vetet; tamen quæ punit, non vetat directò & per se, sed indirectè & propter legem vetantem. Neque obstat, quod quæ punit lex, etiam cogat. Nam coactio legis est vel de faciendis, quæ præcipit, vel de non faciendis, quæ prohibet, *l. 2. in f. h. t.* quia unamquamque virtutem jubet, vitia prohibet, *5. Eth. 5.* E. At lex puniens neque præcipit neque vetat, sed vetitis pœnam imponit. Consequens ergo legis est τὸ punire, cujus antecedens τὸ vetare. Quæri hic etiam solet, anne eò etiam referendum *consulere* & *præmiari*. Et illud quidem affirmat Gl. *in l. 7. h. per §. fin autem l. de pupill. substitut.* hoc vero Domin. Sot. *d. loc. arg. l. 1. §. 1. de l. & l.* Verùm prius cum nihil præceptionis habeat, alterum verò concomitans sit legis, & hoc longius ab effectibus legum abesse facilè constat. Jung. Bachov. *in not. h. & in prot. ad d. l. 7. hoc tit.*

Lex civ. non semper & simpl. conveniit jur. nat.

Ad regulam summæ illius legis) Putat ad formam legis etiam pertinere, ut congruat cum jure naturæ: At si legem latissimè sumas, ut est jussum Majestatis, falsum id esse constat, cum de ejus essentia tum non sit bonitas moralis, s. convenientia cum jure naturæ, sed *sanctio & promulgatio*. Si intelligas legum in latâ significatione & in bona Rep. necdum verum id est; nam lex quidem naturalis propterea valet quod justa est per se, non vero lex positiva, sed quia Majestati ita *placuit*; *5. Eth. 10.* & nihil vetat id quod placuit, præter jus naturæ esse, vel etiam per indirectum illi contrariari. Cæterum in thesi illud verum est, & potest de ejusmodi legum rectitudine videri *all. c. facta. & c. eat dist. 4.* Sot. *d. lib. 1. q. 5. art. 3.*

Scriptura non de ess. legis.

Tamen quoad nostrum) Rectius dicitur de essentia legis in genere non requiri scripturam; quod forma ejus in sanctione & promulgatione consistat, *arg. d. 10. Eth. 4.* aliterque possit lex innotescere, quàm per scripturam, ut per vocem præconis &c.

Neque Romanæ

Neque vero etiam de essentia legum Romanarum est, neque de existentia: (1) quia forma legis consistit in sanctione vel expressâ, quæ expresso fit consensu vel suffragio, vel tacita *d. l. 32. h. t.* (2) scriptura illis accidit, quia ll. 12. tabb. perscribebantur quo apertiùs possent percipi *l. 2. §. 4. de O. I. fac. §. 101. de j. n. g. & c.* (3) qui non possunt legere, tamen lege scripta obligantur, quibus verò per scripturam lex non innotescit, non de existentia est, quia lex quàm primum placuit Majestati, existit quoad actum primum, quamvis non statim etiam ratione effectus & pœnæ. Diss. A. b. 2. rationibus.

Resp. Autori.

Verùm respondeo (1) quod, sublatis licet veterum in constituendo jure solennitatibus, lex tamen nec hodie à consuetudine, quoad scripturam differat aliter quàm ex accidenti. Ad (2) quod *in §. 3. I. de j. n. g. & c.* non aliâ ratione referatur lex ad jus scriptum, quàm quod illa ap. Romanos communiter scribi solebat, *arg. §. 10. eod.* Vid. Henn. Wegner *anal. Inst. ad d. §.* Et hodiè manet, ipsomet A. fatente, differentia sanctionis expressæ & tacitæ, quam nemo pro accidentali habere potest. Add. *diss. nost. ad Struben. 1. Aphor. 71. animad. 3.*

Obligatio legis.

N. VII. *Omnes obligent*) Insignis legis effectus est *obligatio*, h. e. ut voluntas & actus subditorum conformentur ei qui legem tulit, s. ut illi hoc velint quod majestas voluit eos velle. Ubi notandum, vocem obligationis laxius sumi pro ea adstrictione quæ non ex justitia est, sed ex obedientia superiori debita ab inferiori, *arg. l. 52. §. 5. de re jud. ubi & Gotofr. de O. & A. junct. l. 9. C. h. t.* Conf. *not. ad de j. 1. & j. verb. jus suum.*

Naturæ.

Aliter autem obligat lex naturæ, aliter lex humana. Illa omnes omnino homines ratione utentes, nullius habitâ personæ aut conditionis ratione, astringit; quia quibus divinitus inscripta, iis etiam simul lata est, eoque ipso promulgata. Unde sequitur, nullum hominem de hac lege dispensare posse, cum dispensare de lege aliqua, requirat eâ esse superiorem: lege autem naturæ princeps aut ullus alius superior non existit.

Civilis

Lex verò positiva humana, qua de hic loquimur, non obligat omnes, sed ejus Reip. subditos in qua lex ea sancita est, & promulgata. Forma enim illius consistit in *sanctione & promulgatione*. Sancitur lex quando vis obligandi ei tribuitur, ab eo penes quem hæc potestas est, quod Romæ fiebat per suffragium vel expressum vel tacitum *l. 32. de leg. h. t.* Promulgatur (latè accepto vocabulo pro quocunque modo quo lex divulgatur & nota fit, non strictè, quat. promulgari dicebantur leges Romanæ quæ publicè proponebantur integro trinundino antequam perferrentur. Rosin. *lib. 6. antiq. c. 2.*) quando innotescit. Cum enim lex debeat esse regula aliqua secundum quam vivatur, nota iis sit oportet, quibus præscribitur. Atq; hoc adeo necessarium est, ut promulgatio ista *essentiam* legis suo concursu *complere* dicatur Thomæ. *1. 2. q. 90. art. 2.* tum quod antea non obliget, *l. 65. C. de decur. l. f. de alt. ab ord. fac.* tum verò quod lex regula sit & mensura nostrarum actionum. E. illis applicari debet, quod fit quando publicè edicitur. Sot. *d. l. 1. q. 1. art. 4.*

Quoad obed. pœn. consc.

Positâ itaque per hanc formam lege humanâ, sequitur hic effectus, ut obliget omnes illius Reip. subditos, non modò ad obedientiam & pœnam, verum etiam quoad conscientiam: h. e. ut subditi præscripta legis facere & prohibita non facere debeant; sic enim obediunt. *l. 1. junct. l. 2. in f. h.* ut nisi faciant, à magistratu puniri debeant, & porro si pœnam illam fortè effugiant, nihilominus in conscientia non sint securi, sed pœna ipsis metuenda sit divina. Prius non habet dubium: ulterius autem probatur sic. (1) Quodcunque magistratus in salutem Reip. constituit, à Deo ipso proficiscitur, quia Deus approbat ordinationem politicam, & eo ipso suam facit. Nostra enim facimus quibus auctoritatem nostram impertimur: at Dei præceptum sine peccato non potest violari. (2) in infinitis scripturæ locis, qui magistratui politico, utpote à Deo ordinato subjecti, ejusdem dictis obedire jubentur *Petr. 1. c. 2. 13. ad Rom. 13. ad Rom. 13. 1. & 2. ad Tit. 3. 1. Prov. 8. 15. & passim.* (3) ratio & conscientia dictitant etiam civiles leges in utilitatem Reip. latas, esse servandas. Verum autem hoc est saltem de lege humana justa, secus si lex vel tyrannica sit vel notoriè iniqua. vid. Sot. *d. lib. 1. q. 6. art. 4.* Suarez *de leg. l. 3. c. 21.*

Etiam merè civilis. An & actum irritantis.

Obtinentque prædicta etiam in lege merè civili & de indifferentibus lata, in quibus quoque dictis rationibus locus est. Legis tamen irritantis s. actum nullum declarantis (exemplo *l. 12. l. 21. C. de testam. l. 4. & 1. C. de præd. min. l. 5. C. h. t.*) servandæ in foro tantum exteriori, & nullam in conscientia esse obligationem, multi contendunt. Quibus contrariari videntur supra memoratæ 3. rationes. Alii distinguunt ut lex obliget, ubi est de actu ex objecto obligante, aut lex prohibet actum aliter fieri, ac irritum statuit; subest enim tunc præceptum negativum: quod fit vel directè prohibendo, vel indirectè pœnam addendo, quod hæc sit signum prohibitionis, de quibus videat, cui placet, Suarez *d. l. 31.*

d. l. 31. c. 12. De lege quoque merè pœnali quæstio occurrit, an obliget præter forum externùs etiam in conscientia. Exempla sunt in *Exod.* 22. 1. *c. quis non.* 2. *q.* 3. *l. capitalium.* §. *solent. de pœn.* Negat. Navarr. *in man. c.* 23. *n.* 55. *& in c. fraternitas.* 12. *q.* 2. *n.* 23. modo lex non sit lata super re aliàs iure divino vel naturali prohibita, & fuerit mens legislatoris, quod etiam ad culpam s. utrumque forum obligari velit. Verùm contrarium indistinctè statuit & rectè Covarr. *in r. peccatum.* 2. *p.* §. 5. *arg. c. detestanda, de concess. præb. in* 6. Est enim de materia iuris divini aut naturalis prohibita, & ubi constat de expressa mente legislatoris, quis dubitet? At verò & non servans legem pœnalem merè positivam, peccat mortaliter. (1) quia omnis pœna supponit culpam. (2) ex culpa oritur impositio pœnæ maioris vel minoris, *Deut.* 21. (3) pœna apponitur ad majorem observantiam, qui autem non servat legem, peccat, Thom. 2. *q.* 105. *art.* 4. Joh. Valer. *in differ. utr. for. p.* 130.

An lex merè pœn. obliget in consc. Aff.

Principe excepto) Quæritur, *an Princeps sit solutus legibus?* Et pro commodiori explicatione dicere possumus, hanc Q. esse triplicem. Primò enim intelligi potest de Principe Romano h. e. Cæsare, qualis fuit Justinianus & alii, de quibus ll. nostræ loquuntur. Et tum ad conciliandas ll. distingui potest, inter *absolutam Principis potestatem & ejus officium.* Illius respectu legibus civilibus (quibus de hic tantùm quæritur) non obligatur; tum quia ejus potestas suprà leges est, tum quia jus populi in eum translatum, unde nemo ei imponere potest parendi necessitatem, jure imperii vel jurisdictionis, quam ipsemet habet *l.* 31. *h. t.* Hujus ratione dicitur secundùm leges vivere, dum habens ipsemet eas recipit, quæ pro singulorum salute constituit, §. *f. quib. mod. test. infirm. l.* 32. §. *f. h. t.* Et hæc videtur etiam in legibus illis conciliandis A. esse sententia. Add. eandem pluribus explicantem Antonium Perezium *in præl. C. h. t. n.* 15. Secundò in thesi & in genere Q. potest, an Princeps S. Monarcha legibus sit solutus? Tum dist. (1) inter Principem verè talem, qui subditorum commodum quærit, sec. Aristot. 8. *Pol.* 10. & tyrannum. (2) Inter vim legis coactivam & directivam; cùm enim lex regula sit actionum directrix, prohibitrix non faciendorum, sec. *l.* 1. & 2. *h. t.* utique etiam duplici illâ vi pollebit. (3) Inter ll. divinas, naturales, & positivas. *Divinis & naturalibus princeps verè talis* solutus est, *quoad vim coactivam.* (1) quia cum nemo in terris eo sit superior, etiam nemo est, qui eum propter transgressionem cogere possit, (2) quia nec seipsum cogere potest, quod violenta actio principium requirat externum, sec. Aristotelem, 3. *Ethic.* 1. h. e. quod coactio non possit procedere nisi à voluntatibus diversis: cogens enim & coactum distinctas personas requirunt. Idem verò iisdem obligatur quoad *vim directivam*, ita ut ni faciat, vel omittat quod illis juribus statutum, intelligat se peccare. Dom. Sot. *d. lib.* 1. *q.* 4. *artic.* 1. Molin. *tom.* 3. *de Just. & Jur. tr.* 5. *disp.* 46. *n.* 14. Quod tamen ita intellectum volumus, ut Princeps, si à naturæ & rationis præscripto nonnunquàm deflectat, pœnas quidem humanas non metuat, vindictam autem divinam eò experiatur graviorem, quo graviùs peccat, vide latius hæc disputantem Arniſæ. *lib.* 1. *de juribus Maj. c.* 3. *n.* 12. In positivis iterum dist. est inter leges quæ ex jure *gent.* promanant & *merè civiles.* Hæ vel sunt universales vel particulares, quarum illæ sunt, quæ ita à Principe feruntur, ut sint communes toti civitati, & ut rationes ob quas feruntur, ad ipsum etiam Principem extendi possint: hæ verò quæ quosdam tantùm aut certos ex civium numero concernunt, ut quæ feruntur certo alicui ordini, Ecclesiastico militari. De legibus juris gentium idem statuimus, quod de divinis & naturalibus. Quibus consequens, quod Princeps sine causa subditis bona auferre non possit, non dispensare in gradibus jure div. & naturali prohibitis, teneatur servare contractus initos, etiam cum subditis, &c. Legibus verò civilibus universalibus obligatur Princeps quoad vim directivam, (1) quia Princeps est membrum Reip. cui leges feruntur. Et potest quis obligari suâ lege (qua consideratur ut membrum Reip. non quà ut imperans & auctor) si non directè, tamen per obliquum, qua scilicet pars est communitatis, *ex æquitate naturali*, quæ partes vult componi ad rationem integri: hocque à Saule in regni sui initio observatum notat sacra historia *Sam.* 14. 49. Indeque Aristoteles 3. *Pol.* 7. dicit *legem debere in Republica dominari*, ubi Thomas addit: *etiam ipsum Principem debere illi subjici, & secundùm illam legem operari, vel judicare: quod alias inutilis redderetur lex, & Respubl. perturbetur.* Jung. Grot. *de j. pac. & bell. lib.* 2. *c.* 4. *n.* 12. *& c.* 20. *n.* 24. (4) quia lex humana obligat in conscientia. (5) ex eo jur. naturalis principio, quod tibi non vis fieri, alteri non feceris. Merè autem civilibus non astringitur princeps, nisi ipsum etiam lex ita concernat, ut si militet, &c. Vid. Sot. *d. lib.* 1. *q.* 6. *art.* 7. *in fin.* Gregor. de Valent. *disp.* 7. *q.* 5. *punct.* 5. & latissimè Suarezius *de leg. lib.* 3. *c.* 34. Franc. de Amaya *c. observ. jur.* 1. *n.* 93. *& seqq.* Zoes. *h. n.* 24. Diff. quoad leges civiles Suth. *diss.* 1. *aph.* 83. Tertiò Q. potest in hypothesi *an hodiernus Imp. legibus sit solutus?* Hæc Q. non est ex legibus Romanis, ut nonnulli faciunt, decidenda. Nam falsum est, quod ajunt, illud quod in *l.* 13. *h. t. & l.* 32. *inf. C. de appellat.* dicitur, principem legibus esse solutum: nec hodie correctum esse; quia immutatus est planè Status Reip. hodiernæ, ab eo qui erat tempore conditarum legum Justinianearum. E. etiam leges eò pertinentes, quæ de puro Monarchico statu loquuntur, & Capitulationes atque Recessus Imperii nesciunt. Indeque optimè D. Bened. Carpz. *de Leg. Reg. German. c.* 2. *n.* 12. *&* 3. lusum illum puerilem vocat, si quis ea, quæ de supremi Principis potestate in jure civ. consignata, Imperatori hodierno attribuere velit. Illum obligari legibus Imperii fundamentalibus puta Capitulationi Cæsareæ & quæ ejusdem sunt conditionis, indubium est, quod illis sese adstrinxerit. Vid. Carpz. *d. c.* 2. *sect.* 1 *per tot.* & Joh. Limnæ 4. *de t. p.* 8.

Princeps Rom. ut solutus ll.

Ut princeps scil. Monarcha in genere.

V. Imper. Germ.

N. XVIII. *De Interpretatione verò*) Quæ de legib. in h. t. traduntur, maximè ad positivarum interpretationem spectant, ideoque ea complectuntur, in quibus Juris Consulti officium in primis consistit, *vid. l. un. C. de profess. qui in urb. Constant.* & sine quibus nulla juris materia dextrè explicari, legesque in speciem contrariæ rectè conciliari possunt. Hoc nomine Bachovius *in prot. h.* certas regulas ex hoc tit. formatas ordine explicavit. Nos de Interpretatione ipsa legum ejusque speciebus nonnulla adnotabimus. Interpretatio legum nihil aliud est, quàm *juris scripti ad singulares casus, quotidiè obvenientes, dextra accommodatio.* Vide Fr. Mantic. Cardin. *de tac. & ambigu. conv. tom.* 1. *lib.* 2. *t.* 16. Requiritur hæc ob rationes Aristot. 5. *Ethic.* 10. & Thomæ *ibidem.* Duo enim sunt quasi vitia legum positivarum, quorum alterum contingit *volentibus* legislatoribus, quando generaliter constituunt de iis, quæ ut plurimùm accidunt, casus qui rarò contingunt, consultò omittentes: alterum quod contingit *invitis*, cum eos aliquid effugit. Conf. quæ s. latè diximus ad verba ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ubi IV. rationes assignavimus, cur lex sit de iis, quæ ut plurimùm contingunt. Hæ enim sunt quoque rationes necessariò inducendæ legum interpretationis. Jungatur

Interpr. legum offic. JCti.

Quid sit.

garur Bolognetus *de leg.jur. & equ.c.* 29. Lex autem omnis constat duabus partibus, verbis scilicet & sententia *l.* 12. *qui & à quib. man.* 1. *Rhet.* 13. *verb. respiciendum non ad orationem, sed ad sententiam legislatoris.* & cum hac eadem est mens seu voluntas legislatoris: quæ propriè etiam differt à legis ratione, quæ isti inest. *l.* 17.*h.* Franciscus Suarez *lib.* 6. *c.* 2. *n.* 7. 12. & 20. quem sequitur Dn. Franzk. *h. t. n.* 17. & *seqq.* Verba sunt *signa, quæ sententiam legislatoris solummodo nobis, quoad ejus fieri potest, declarant.* Sententia est *mens ipsum, arg. d. l.* 17. *h. t.* quæ potentior est & in primis servanda, *arg. l.* 7. §. *ult. de suppell. leg.* Ut itaque prædicta duo vitia tollantur, & verba legis dextrè sunt explicanda, & sententia ejusdem attendenda; atque ex ea aut quod verbis deest supplendum, aut quod generaliter positum est, restringendum, quæ dicitur Interpretatio Doctrinalis; & triplex est. 1. Explicativa. 2. Extensiva & 3. Restrictiva. Quarum prima *verborum significationi*, reliquæ duæ *voluntatis legislatoris* & sententiæ inserviunt exponendæ. Aliàs dicitur hæc interpretatio *scripti & voluntatis quæstio*, ex qua bona nostri juris pars, ceu rectè animadvertit Fab. Quintil. *lib.* 7. *orator. instit. c.* 7. dependere videtur.

Interpr. doctrinalis triplex.

Explicatio.

Explicativa, aliàs simplex, declarativa, est *ambiguitatis & obscuritatis in verbis singulis vel totâ oratione legis commoda expositio.* Locus autem fit huic interpretationi 1. propter ambiguitatem, ubi quod scriptum est, duas pluresve significationes habet differentes. (Dicitur enim ambiguum, quod in ambas partes agi possit. Duar. *h. t. c.* 7. vel q. ambivium, quod in ambas ferat vias, sec. Coras. *in l.* 17. *h. t.*) 2. propter obscuritatem. Quoad ambiguitatem & obscuritatem distinguendum est cum Bart. *in l. omnes. n.* 18. *de I. & I.* utrum verbum aliquod habeat *plures significationes proprias*, an verò unam *propriam*, seu naturalem, aliam *impropriam*. Primò casu illa significatio sequenda, quæ convenit subjectæ materiæ, *ut in l.* 50. §. *f. de leg.* 1. *l.* 67. *de R. I.* Posteriori casu tenenda est hæc regula: Verba sunt intelligenda secundùm propriam significationem *l,* 8. *de aur. & arg. leg. arg. l.* 1. §. *si is qui navem, de exerc. act. l.* 12. *qui & à quib. manum. c.* 2. §. *sed arg. de translat. Episcop.* Quæ autem dicatur propria verbi significatio, tribus modis discerni solet. 1. Authoritate, *arg. l.* 83. *l.* 235. *de V. S.* Unde etiam non abjicienda sunt illa vocabula, purioribus barbarismum subolere quæ videntur, ut cum *liberum* pro filio, *l.* 33. *C. de inoff. test. iteratio* pro iterùm *l. quæ bonis. de cess. bon.* in continenti & ex continenti, pro statim & continuo *l.* 7. §. *quin imò. de pact. l.* 3. §. *eum de vi & vi arm.* exorcizare, pro incantare, *l.* 1. §. 13. *de var. & extraord. cogn. ade*, pro domo *l.* 4. *C. de loc. decet tanta majestatis* pro Majestatem, *l.* 23. *de leg.* 3. *gratia hominis* pro hominis gratia §. 37. *de rer. div.* &c. JCti dixerunt. Videsis Mæstertium de *justit. leg. Rom. lib.* 2. *dubit.* 67. II. Definitione. *l.* 1. *ubi Dd. de testam.* III. Notatione *arg. l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* quæ triplex, Grammatica, Logica, & illa quæ Allusio vocatur. Malè enim allusionem cum etymologia confundit Accurs. *in l.* 1. *de acqu. poss.* cum Allusio ex consonantia tantùm verbi & plerumque syllabæ, ad solius vocis similitudinem relata proveniat, qualisque est quando ipse Accurs. sibi nomen inditum gloriatur, quod adversus juris civilis tenebras *accurrat*, & succurrat, ut ait *in l. facta.* §. *fin autem. ad Trebel.* Cum autem allusio sæpè sit longè petita, non ita commodè ex ea dignoscitur vocabuli proprietas quàm ex etymologia. His addi possunt IV. *Verborum figura*, solent enim secundum Quintil. quodammodò propria dici quæ benè translata sunt. Et ejusmodi, præsertim metaphoricæ locutiones, in jure plurimæ inveniuntur. Habet autem supra dicta regula suas Exceptiones, quibus etiam impropria verbi locutio amplectenda. Ut (1) propter communem *loquendi usum l.* 51. §. 4. *de leg.* 3. *c. ex literis. de sponsal.* (2) ob *subjectam* materiam *arg. d. l.* 67. *de R. I.* Sic commodatum sumitur pro mutuo *l. f. C. de iis qui ex public. ratiocin.* tutor pro curatore *l. prater* §. *conditionem. de condit. & demonstr.* (4) quo *absurdum* evitetur, *l. nam absurdum. de bon. libert. ut in l. quisque* §. 1. *de in jus voc.* vel *contrarietas, arg. l. un. C. de inoff. dot. ut in l. pater.* §. *conditionum de condit. & demonstr.* itemne *illusoria* reddatur dispositio, *l. divus de usf. & habit.* (4) Propter *Personæ* (verba proferentis vel ad quam illa diriguntur) *qualitatem l. plenum.* §. *equitiis. eod. s.* Et in genere quoties aliqua ratio suadet, aut capi potest *diversa voluntatis conjectura*, non in ll. modò, verum etiam in actionibus hominum, ex consuetudine regionis, ex iis quæ præcedunt vel sequuntur, aut aliis circumstantiis, verborum proprietate relictâ impropriam amplectimur. Vid. Coras. *de art. jur. p.* 4. *c.* 2. 3. & 4. Felinus Sandæus *in proœm. decret.* Suarez. *de leg. lib.* 6. *c.* 1. *n.* 7. & *c.* 2. *n.* 1. & *seqq.* inprimis Camill. Gallin. *de verb. signif. lib.* 2. 3. & 4. & de interpretatione hujusmodi ob obscuritatem post Bart. in *d. l. omnes.* Mantic. *d. lib.* 11. *t.* 11. Add. paulò aliter hæc explicantem Donell. 1. *comm.* 15. & Hilligerum *ibid.* Extensiva (potiùs Comprehensiva) interpretatio est, *quâ verba juris scripti extendimus & producimus ad casus similes, quos legislator verbis quidem non exprimit, re ipsâ tamen & mente illos compre hendit, ita, ut si hodie interrogaretur, idem de iis casibus esset responsurus, quod de casibus expressis, l.* 11. 12. *h. t. junct. text. Arist.* 5. *Eth.* 14. *eadem tantum non iisdem verbis asserente.* Fundatur etiam in eo Status Legalis loco, qui Oratoribus Ratiocinatio vocatur, cum juxta doctrinam Hermogenis, *ex eo quod usquam est*, ad id, *quod unsquam scriptum* pervenitur. Frequentissima quoque est Romanis JCtis hæc Interpt. quod Justinianus Imp. illis legibus, quæ de negociis particularibus ad certas personas erant rescriptæ, vim dederit generalium constitutionum, *Constit. de nov. Cod. conf.* §. 3. Sicque à casibus super quibus latæ erant ad quoscunque similes extensas voluerit. Apparet autem mens legislatoris, partim docente Donello *d. t. comm.* 14. & Hilligero *ibid.* IV. ex rebus. I. *Ex aliis legibus & aliis partibus legis*, puta, si una pars legis declaret aliam, *l. in civile h. t.* vel si casui alicui speciali, exempli & rei illustrandæ gratiâ adducto, subjungantur verba decisiva generalia. Exempla sunt *in l.* 9. §. *f. de* 1. & *f. sign. l. f. de rer. div. l.* 20. *de reb. cred. l.* 1. *ex quib. caus. major.* & obtinet hoc maximè in rescriptis Impp. in Codice II. *Ex contrario sensu*; Sic enim si lex nominatim in re aliqua quid statuit, intelligitur in contraria te contrarium velle, etsi non exprimatur, ut *in l.* 22. *h. t. l.* 1. *vers. hujus rei de off. ejus.* III. *Ex consequentibus.* Nam consequente prohibito, videtur lex illa prohibere ex quibus id consequitur *l.* 29. *h. t.* & *l. seq. eod.* Exempla sunt *in l.* 7. §. 3. *l.* 3. §. *pen. ad Senat. Mac. l.* 5. *pr. de donat. int. vir.* & *ux. l.* 7. *in f. quib. & à quib. manumiss.* IV. *Ex ratione legis latiore.* Si enim lex de certis quibusdam casibus aliquid disponat, ex ea ratione, quæ etiam comprehendat alios casus, dilatanda sunt verba ex sententia. Exempla sunt in *l.* 32. *ad L. Aquil. l.* 4. *de fund. dot. l.* 7. §. 2. §. *de jurisd. l.* 2. §. *quod si ad Sen. Tertyll. l. oratio. de sponsal. l. f. C. de constit. pec. l.* 23. §. *de eo. de hered. pet. pr. l. de legit. patr. tut.* Habet autem hæc extensinterpr. locum tantùm in communi (& promanat ex ea argumentû: ubicunque est eadem juris ratio ibi idem quoque jus statuendum) non in jure singulari, quod nec ex identitate extensionē paritur *l.* 14. 15. 16. *h. t.* Exempla sunt *to tot. t. de minor. l.* 1. *rer. amot. l.* 1. *de constit. Princip.* Vid. de hac interpretationis specie Suarez. *d. tr. lib.* 6. *c.* 2, 3. & 4. Mantic.

Regula.

Exceptio.

Interpr. extensiva ex IV. rebus.

Mantic. *d. tit. lib. 16. n. 18. & seq.* inprimis Gallin. *d. tr. t. lib. 6. 7. 8. junct. lib.* 10. Restrictiva interpretatio est, *quando verba legis generalia restringuntur, propterea quod legislator generaliter quidem locutus est, minus tamen voluit quàm expressit.* Fit autem hæc restrictio. I. & potissimum *ex ratione legis angustiori.* Quo pertinent *l. quamvis. de in jus voc. l. 6. §. quamvis, de jure patron. l. 1. & 2. §. 3. de adil. ed. l. 18. de injur.* II. *Ex alia lege, ut in l. 33. de hæred. pet. l. 1. in f. ex quib. cauf.* atque leges tum prioribus tum posterioribus, *l. 26. 27. 28. ff. t.* III. *Ex aliis ejusdem legis partibus:* cum quod in una parte velut decidendi causâ affirmatur, in alia postea in totum aut ex parte negatur, *ut in l. Labeo §. 1. de supell. l. si tib. de reb. cred.* aut quod in una parte generaliter definitum est, in alia temperatur. IV. Quandoque *ex æquitate:* cum quod generaliter & indistinctè scriptum est, quibusdam in causis ejusdem generis iniquum invenimus. Vid. Donell. *d. t. comm.* 13. Et ex hac interpretatione est regula: Cessante legis ratione cessat & legis dispositio: Bernh. Suth. *d. diss. 1. aph.* 16. Coraf. *d. p. 4. c. 6.* Addesis Suarez. *d. tr. lib. 6. ca. & seqq.* Mantic. *d. l. 16. n.* 19. Hilliget. *ad Don. d. l. c.* 13. Gallin. *d. tr. lib.* ro. ubi latissimè & eleganter hæc pertractata videbis.

3. Interp. restrictiva.

Interpr. magistratus.

Interp. extensiva ex IV. ...

Vel jurisdictione magistratus) Verùm his contraria videtur, quod supra dictum, Jurisconsulti esse legem interpretari. E. videtur id non pertinere ad magistratum. Respondetur, interpretationem aliam esse authenticam illam doctrinalem. Hæc JurisCti est; illa aliquando solius principis scil. Majestatis, aliquando ejus Vicarii scilicet magistratus ex potestate precariâ. Nam sententia legis, vel *aperta est & liquida*, vel *obscura & ambigua.* Illo casu aut cum *verba legis & eadem*, aut diversa. Si eadem, ut, si lex & verba ejus generalia sint, tum lex, licet dura, servanda est *l. 12. §. 1. qui & quib. man.* Princeps tamen qui fecit legem vel etiam Magistratus, eam hoc casu quandoque producere vel extendere potest, *l. 12. l. 13. de leg. h. t.* ceu ex actionibus in factum legi Aquiliæ accommodatis *l. 11. de præscr. verb. §. f. l. de leg. Aquil.* atque ex edictis & jure universo prætorio manifestè apparet. Ubi diversa est sententia à verbis, JurisConsulti partes sunt verba ad sententiam accommodare. Quando verò sententia planè est ambigua & obscura, tunc Legislatoris est interpretari qui condidit *l. 1. d. f. C h. t. N. 143. pr.* cujus interpretatio potest dici authentica, quod fit ab eo, qui legem tulit. Add. totam materiam latissimè explicantem D. Frantzk. *comm. h. t.* Cæterum ita Nostri communiter hanc interpretationis materiam tractare solent, quos in priori editione hoc tum observat. Fui securus. Nunc ea altiùs animo revolventi nonnulla, maximè ad principia Interpretationum facientia earundem certitudinem, occurrunt addenda I. autem indubia est hypothesis, aliquando legislaturem, ut hominem errori obnoxium, facere posse legem sic ut nec sententia ejus intelligi queat. Constat ex modò dictis & ex 5. *Ethic.* 14. *verbis: absolutèque ac simpliciter loquendo peccavit & 2. pol. 8. errata quædam toleranda & Legislatorum & magistratuum* II negari nequit, verba legis non semper posse intelligi, ob obscur. ambig. sed explicatione indigere, *arg. l. 19. h. t.* III. etsi mens legis certa sit, dubium tamen esse potest, an præsenti casu idem quoque vel non statuendum sit, *d. 5. Eth.* 14. IV. incertum non est & suprà evictum, tria in Republica existere legislatorum genera, (1 primarios (Majestatem) (2) secundarios (magistratum 1. *Rhet.* 1. 2. *pol.* 8. (3.) ultimos, Juris Consultos. In primis autem supponimus hic agi de speciali legis interpretatione. Sunt enim

Additio de principiorum Interpretationum certitudine.

V. Hypotheses.

gradus interpretationum. Alia Universalis, totius juris alicujus populi, velut Atheniensis vel Romani summam complectitur. Puta leges Justinianeæ constant tribus voluminibus, Isagogicis Institutionum, principali Pandectarum & Accessoriis (practico) Codicis & Novellarum. Ejusmodi etiam est omnium titulorum scilicet Rubricarum Connexio: & summaria explicatio, cujus etiam non parum est utilitas, ut alibi docebitur. Datur & interpretatio Generalis, cujusque tituli summam exhibens: Fieri illa solet ferè tripliciter: Vel κατὰ πόδα, unde interpretatio paratitlaris, qualem in Institutis fæliciter præstitit Theophilus, Cujacius in digestis & Codice, & omnium Summistæ; Vel capita assignando, singula ejus membra explicando: eoque leges revocando. Ita videmus subindè factum in legibus Digestorum componendis, quando vel proposito edicto Prætoris, vel lege aut Senatus Consulto, ad ejus interpretationem reliqua applicantur, certisque capitibus totus titulus distinguitur. Quo etiam pertinent, quæ nomine Commentarii subindè ab Interp. sunt proposita. Memotanda autem mihi hoc loco quoque est interpretatio legis artificialis, vulgaris & naturalis. Prima Jurisconsulti est perfecti, secunda leguleii aut notarii pragmatici, tertia cujuscunque de lege naturali judicium; videantur notata, *ad t. de l. & l.* Quædam adhuc est interpretatio legis specialis, ubi singuli legis cujusque articuli exponuntur. Unde etiam simul patet, quod non uno modo vox interpretationis accipiatur, quo de videri potest Mantic. *loco suprà citato.* V. cum prudentia legum alia sit theoretica, alia practica, ut scilicet dictum, hinc & alia datur interpretatio circa nudam legis intelligentiam occupata, spectans ad leges docendas, indeque Doctrinalis vel Scholastica vocari solita: alia leges & jura in scholis cognita in forum & judicium, tanquam in pulverem & solem producit, spectans ad leges exercendas. Atque ex hisce fontibus omnem in universum legum interpretationem oriri necesse est. Quæcunque autem circa leges speciales interpretationem occurrunt, illa ferè V. sunt in universum; I. ut quid lex velit, intelligatur. II. cur ita velit. III. quæ vis ejus sit & utilitas. IV. quomodò plures leges in speciem dissentientes concordent. V. an proficiat Reipubl. legem sic latam esse, quæque Magistratus circa eam potestas. Ac proinde quadruplex in universum Interpretatio extitit, *Authentica, Scholastica, Forensis, Politica.* Et ex his tres ultimæ huc pertinent. Scholastica quid sit, antè dictum est. Alia ejus species est quæ exponit, *quid lex velit*, tam secundum subjectum quàm prædicatum, argumentis utens præcipuè historicis, grammaticis, dialecticis. Promeretur enim ferè VII. debet (1) verborum obscuriorum interpretationem; (2) antiquitatis explicationem, si quâ ad tempus opus: (3) rerum quæ noscendæ præmissionem: (4) legis, si opus, divisionem: & (5) casus figurationem; (6) totius in unam summam conjectionem; (7) scripturarum, sicubi diversæ sunt, considerationem, & quæ rectè sese habeat, examinationem. Hanc interpretationem Simplicem & Explicativam, seu Declarativam suprà vocavimus, dici quoque potest Historica, quod respectu cæterarum saltim pro historia legis se habeat, undè & JCti istâ contenti, denominantur Critici & Humanistæ. Quæstio *cur lex velit*, occupata maximè est in ratione ejus investiganda, distinguenda ab occasione & causa impulsiva, ac rationibus dubitandi & constituendi scilicet decidendi, nec non refutationibus contrariorum proponendis. Ubi cavendum, ne in lege merè

Gradus Interpretationis Universalis.

Generalis.

Interpret. specialis.

Ambiguitas.

Quinque occurrunt circa legis spec. interpret.

Interpret. scholast.

Hæc vel simplex, explicativa.

Aliàs Historica.

Vel Æthiologica.

merè positiva, rationi ejus investigandæ nimiū indulgeatur; quod aliàs multa subverterentur, *l.* 20. *l.* 21, *h. t.* Oportet autem hic bonum interpretem bene exculitum existere in Rhetoricis, præcipuè de statu conjecturali, finitivo & juridiciali ex quibus rationes legum certæ sunt depromendæ: Et hæcce interpretatio Æthiologica vocari meretur. Quæ legis fit *vi & utilitas* Pragmatica (ab usu legis sic dicta) expedit (1) notabilia (non tamen aliquàm multa) colligendo, quæ insunt expressè vel tacitè, ut cum ex specialibus constitutionibus generales sententiæ proponuntur: (2) similia seu quæ effectu eadem, ut & repugnantia adnotando: (3) ex verbis claris tacitam voluntatem seu mentem colligendo, extendendo, restringendo. Quomodò leges dissentientes conciliandæ, Analogicæ munus est, quæ verò adeò amplissima existit, ut prædictarum partes quoque omnes requirat hic concurrentes. Forensis interpretatio occupatur maximè (1) *in cautionibus* tum negociorum inter vivos & causâ mortis, tum in formulis actionum, quæque ad ordinem judiciar. pertinent. (2) *in foro quæstionibus*. Quarum duo capita, altera *inventionem* earum spectans, alterum *ad decisionem*. Inventionis duplex munus est, (1) ut intelligatur *quid sit in quæstione*, æstimandum ex actione instituta, exceptione objectâ, replicatione, duplicatione, & utrinque factâ conclusione. Hinc enim & ex concursu conflictuque illorum omnium demum Quæstio exoritur, disceptatio κρινόμενον: (2) ut sciatur *qualis sit Quæstio*, h. e. in quo statu, an conjecturali, finitivo, juridiciali? Decisionis hi sunt gradus. (1) Videndum, an adsint pacta scilicet contractus, transactiones, utpote leges privatæ: 1. *Rhet.* 15. *l.*23.*de R. I.* 1. *Feud.* 14. (2) an statuta, consuetudo: *c.* 23.*de judic.* (3) num ex rebus judicatis & in judicio contradictorio obtentis res decidenda, *l.*37.*h. t.* (4) an & quomodò ex legibus Cæsareis, Ecclesiasticis ve receptis, & quidem vel directò vel per consequentiam, argumenta & rationes, *l.*17.*de leg.* O. *f. l. de off. jud.* 2. *F.*1. (5) an ex interpretationibus & sententiis Doctorum: (6) num ad Nomotheram in re difficili, quæ extum non habeat, recurrendum sit: *d. l.*1.*& d. f. C.h.t.N.*142. *pr. l.*50.*de R. I. c.*12.*de jud. Gal.* 1. *Obs. n.* 7. Politica denique Interpt. in Republ. & Senatu propriè residens, (1) attendit quat. leges Reip. sunt utiles, aut minus, adeoque circa leges condendas, corrigendas, tollendas, occupatur, *arg. l.* 23.*h.t. d. l. f.*6.*C.h.* Vel (2) versatur circâ leges conditas interpretandas, adjuvandas, supplendas, quod Dicastices proprium & magistratus, *arg. l.*12.13. *h. t. l.*7. §. 1. *de I. & I.* Atque ex his præmissis nunc quoque in proclivi est intelligere, quare sub initium h. numeri finiverim interpretationem *per dextram accommodationem juris scripti ad singulares casus quotidiè obvenientes.* Interpretatio enim specialis strictè & κατ' ἐξοχὴν denotat Forensem, quæ est Jurisconsultorum, *l.* 2. §. 13. 15.*de orig. jur.* 2. *Pol. vers. strenuus autem juris peritus, juxt.* 1. *Rhet.* 13.3. *Pol.* 16. & 4. *pol.* 4. *ubi traditur maximè necessarias esse in Rep. qui jus dicant & decernant.* Hisce enim legem accommodaturus casibus obvenientibus, necesse est, id faciet vel per simplicem interpretationem, si verba expositione indigeant, *l.* 19. *h.* vel per pragmaticam *l.* 17. *eod.* aut analogicam, *l.*26. 7. 28. *h. t.* Eademque in Judice scil. magistr. ratio obtinet, & *l.* 12.*l.*13. *h.* Idem etiam vel ex Edictis atque SCtis jure nostro per omnia interpretationum genera expolitis manifestissimum evadit. Quamvis autem aliquando lex satis perspicua occurrere queat, tamen haud absurdè dicitur illa quoque applicari facto, de quo quæstio est, nam & propter verba, quæ manifesta sunt, fit ista accommodatio beneficio interpretationis declarativæ, & propter rationem quæ inest. Lex enim regula est & mensura humanarum actionum, *l.* 2. *in f. h.* Quomodo in causis criminalibus consuevit, in nostro Coll. juridico adjici sententiis legem licet manifestissimam, ut decisio innititur, v. c. in homicidio doloso, daß N. jhm zu wollverdienter Straffe und andern zum abschewlichen Exempell / vermög Käyser Carlls des V. und des H. Röm. Reichs Peinl. Halßgerichts Ordnung unterm 137. Articull mit dem Schwerd vom Leben zu Tode zu straffen sey. Casus & actio singularis est, lex clara & ratio omnibus perspicua. Idem de aliis judicium faciendum.

Vel Pragmatica. — *Vel Analogica.* — *Forensis Interpretatio (1) in cautionibus. (2) in foro quæstionibus in veniendis.* — *Et decidendis.* — *Interpr. Polit.* — *Explicatur defin. Interpr. supra dat.*

N. IX. *Consuetudo*) Juxtà Bart. *in l.* 32. *veniamus n.* 6. *h.* Vox consuetudinis in hac materia tripliciter accipitur 1. latè & generaliter pro assuefactione; quomodò 1. *Rhet.* 10. dicuntur consuetudine ea fieri quæcunque homines, quia sic fecerunt, faciunt. Add. *l.* 50. §. *f. de leg.* 2. §. *pavonum. de rer. div.* 2. pro facto plurium personarum quod appellatur usus scilicet mos *arg. l.* 32. *pr. ibi quod moribus introductum est, h. t.* quomodo consuetudo est facti & probanda, *c.* 1. *de constit. in* 6. 3. propriè, pro jure quod ex usu & moribus resultat *l.* 33. *& rubr. h. t. t. C. quæ sit long. consuet.* Alias significationes vid. apud Roch. de Curtem *enarrat. c. cum tanto. de consuet. in præfat.* Notandum verò in ultima acceptione consuetudinem dici iterum dupliciter 1. strictè & frequenter, pro eo jure quod est ex usu moribus in statu populari *arg. l.* 32. §. 1. *l.* 35. *h.* 2. latè, pro jure ex usu in quocunque Reipubl. statu, etiam universitate & civitate, ceu perfectâ communitate *arg. l.* 1. *& l. f. C. quæ sit long. consuet. l.* 3. *C. de ædif. priv.* Falsum enim, quod plerique contendunt, in statu populari propriè sic consistitudinem, seducti ex eo quod in legibus subindè mentio fiat tacitu civium consensus. Rectè Thomas 1. 2. *q.* 97. *art.* 3. *ad* 3. dicit, communitatem à qua potest consuetudo introduci, debere esse aut Remp. liberam, scilicet supremam, aut si minor sit, hoc posse virtute consensus illius Principis cui subest. Et exemplo hodie sunt quamplurimæ Germaniæ consuetudines, cujus status popularis dici nequit, observatæ inprimis Gailio & Mynsingero.

Consuet. ambig. 1. 2. 3. — *Obtinet & in alio quam populari statu.*

Moribus) Notante Dom. Sot. *lib.* 1. *q.* 7. *art.* 2. Mos trifariam usurpatur 1. pro *singulari humano actu*, (actiones enim brutorum, non nisi per metaphoram mores dicuntur) quod genus moris ibi incipiat, ubi dominium voluntatis invenitur, scilicet solus actus liber propriè denominetur moralis, quod laude vel vituperio fit dignus: Quomodò Aristoteles 1. *Eth.* 13. *cum*, ait, *de moribus loquimur, non sapientem aut perspicacem, sed mansuetum, aut temperantem aliquem dicimus.* Hinc Philosophia dicitur moralis. 2. pro *habitu ex frequentia similium actuum* genito: quomodò dicimus hominem benè aut malè moratum. Et his modis puto in legibus dici *bonos mores*, & quid esse contra bonos mores *l.* 15. § *item, de inju l.* 5. *C. de cond. ob turp. caus. l. f. C. de pact. l.* 25. *de condit. instit.* Item more malo & improbato, h. e. dolosè & inciviliter *l.* 19. §. 1. *de neg. gest. l.* 8. *quod met. caus.* 3. ut idem fit quod consuetudo. Hoc sensu Aristot. 10. *Ethic.* 10. *& pass.* opponit in civitatibus instituta & mores, & 3. *pol. fin.* scribit plus valere & in rebus majoris momenti versari leges quæ moribus comprobatæ sunt, quàm quæ scriptoconstant. Proindè quando in *c. mos. dist.* 1. dicitur: mos est longa consuetudo de moribus tantum tracta, vox *moribus* primo modo & materialiter accipitur pro factis & actibus unde consuetudo generatur, *mos* autem in significatu posteriori pro consuetudine. Cæterùm dicitur consuetudo etiam *Usus longævus l.* 2. *C.* qua

Moris ambig. 1. 2. 3. — *Explicatur c. mos dist.* 1.

quæ sit long. consu. c. 9. de consuet. Propriè verò hoc interesse videtur inter morem & usum, quod hic tam de frequentia actuum, quàm de singulis actibus dici possit, ille autem propriè de frequentia actuum similium.

Quomodo consu. jus non scrpt.

Est jus ex non scripto veniens) Jus dicitur formaliter, respectu suæ essentiæ atque formæ, quæ consistit in tacito consensu *l. 23. h.* & ut in se consideratur: respectu verò introductionis, materialiter, facti aliquando dicitur, & hactenus probatione indiget, *l. 4. de custod. reor.* Non *scriptum jus* dicitur, non quod scribi non possit (sicut enim lex ita & consuetudo aliquando in scripturam redigitur, *c. consuetudo dist. 1.*) sed quod non necesse sit, *l. 36. h. t.*

Consuet. divis.

Consuetudo duplex est) Minimè prætermittendæ sunt consuet. disputationes usu frequentissimæ, licet æquè omnes haud accuratæ sint. *1.* I. alia est Universalis, ein algemeine durchgehende Gewohnheit / algemein gebrauch und herkommen: cujusmodi observatores in imperio Rom. Germ. præcipui Gailus & Mynsingerus: Alia *particularis*, scilicet localis, Ländtische oder localische Gewohnheit: vid. *O. C. p. 1. 2. 57. junct. l. si servum plurium §. fin. de leg. 1.* Hostiens. *in summa h. t. §. f.* *2.* II. *Præter secundum f. juxtà vel contra jus* (naturale sc. & positivum, hocque divinum vel humanum) *c. f. h.* *Juxta* legem naturalem est, quæ ab illa procedit & per quam ea observatur. *Contra*, per quam violatur. *Præter*, quæ vel de actibus honestis derivatis tamen ex lege naturali, vel de aliis indifferentibus. Juris pos. gent. eadem ratio est, adeò ut contrariari huic quandoque possit consuetudo; cum quod contra hoc est, non sit intrinsecè malum. Vide tamen dissent. Panormit. *in c. ult. h.* & Roch. de Curte *ibid. sect. 5. n. 16. h. t.* Multò minus dubitari potest de jure civili, *propter §. pen. inst. de j. n. g. & civ. junct. d. c. ult. h. t.* Ubi in genere notandum, quæ juxtà vel secundùm jura sunt consuetudines, non tam dispositivas esse quàm imitativas & executivas. Bald. *in l. f. C. quæ sit long. consuet.* *3.* III. *bona* vel *mala* est, intrinsecè scilicet & ratione objecti de quo est, boni vel mali. *4.* IV. *Rationabilis* vel *irrationabilis*, ex proportione ad communem usum & in ordine ad effectum moralem. *5.* V. Consuetudo *in specie. Stylus* (h. e. mos vel modus servari consuetus in aliquo ordine judiciali, maximè scribendo, *arg. c. quàm grave, de crim. fals. l. ult. C. de injur.* quæ Practica alicujus curiæ, juxtà Cyn. *in l. 1. C. quæ sit long. consf.*) & *Observantia*, concernens usum unius judicii vel tribunalis, vel interpretationem sermonum, citrà actum scribendi, *arg. l. 1. ibi: in eodem controversiarum genere C. quæ sit long. consuet. l. f. verb. curiis. eod. l. 38. ibi: aut rerum perpetuo similiter judicatarum, h. t. l. 37. eod.* *6.* VI. *Facti* (ipse mos, seu usus hominum) & *juris*, quæ provenit ex ipsis moribus & usibus hominum mediatè *c. 1. de constit. in 6.* *7.* VII. *Positiva* (ex positivo usu frequentiaque actuum ducens originem) & *Privativa* scilicet negativa, quæ in non agendo consistit, & est ex non usu, qui quatenus frequens est seu continuatus, habet modum consuetudinis, quæ veluti in facto consistit, & si jus aliquod inducit, ad non agendum tantùm inclinat, vel obligat. Cui rectiùs intelligendo addamus ex Cyno *ad l. 2. d. t. n. 8.*

Negativa consf. quot mod. dic.

Negativam consuetudinem dici posse tripliciter. (1) *contrariam consuetudinem*, ut quando lex permittit, consuetudo vetat (2) quandoque *desuetudinem*, quæ q. diversa assuetudo, ut cum lex aliquid sub certa forma statuit, consuetudo verò sine illa statuit, vel quod lex statuit, eveniente casu neglexit. (3) aliquando *non usum*, ut cum accidit casus legis, vel si accidit, homines non fuerunt usi lege in tali casu, nec tamen fecerunt contrarium; & talis non usus haud tollit legem, quia non est actio neque omissio moralis. Priores autem duæ verè dici possunt consuetudines, & legem tollunt vel variant. Jung. Paul. à Castr. *in l. 32. h.* Paul. Christinæ *in prælud. comm. ad statut. Mechlin. n. 11.* *8.* VIII. in jure *reprobata*, vel *permissa*. Illa est quam lex *abrogat* vel revocat, non quidem simpliciter, seu *per solam abrogationem*, v. c. per clausulam: non obstante quâcunque consuetudine, ut *clem. statutum. de elect.* (quomodò solùm revocatur præexistens consuetudo; sed in futurum non reprobatur) Gl. *ibid.* nec per solam *abrogationem & prohibitionem* (quomodo non tantùm in præteritum, sed & futurum tollitur vel potiùs impeditur, talis tamen consuetudo non reprobatur) *arg. l. eos. §. super de consib.* sed *insuper per declarationem pro irrationabili*, aut, *specialiter* propter hanc causam factam *prohibitionem*, ut *c. cum inter c. ad nostram c. cum venerabilis, h. t. c. un. de cleric. non resid. in 6.* Ref. g. Polic. ann. 1548. t. von Handwercks Söhnen. verb. wollen wir solche beschwerliche Gebrauche oder Gewohnheiten hiemit auffgehebt und vernichtet haben. R. A. zu Augsp. ann. 1551. und nach dem etwan / ubi generaliter consuetudines Ordinationi Politicæ contrariæ abrogantur omnes, & pro nullis declarantur, nunquàm ampliùs recipiendæ. Vid. Panormit. *in c. 2. de probat. n. 7. & 8.* & Felin. Sandæus *ibid. n. 11.* Didacus Covarruv. *3. var. resol. 13. concl. 4. n. 4.* *9.* IX. *Præscripta & non præscripta*. Præscripta dicitur lationi modo, vel in ordine, ad certum & legitimum tempus (quod requirit instar præscriptionis propriè sic dictæ) vel quod per tempus sit obtenta & jus factum. Ita enim Panorm. *in c. f. h. n. 7.* ait præscriptam esse obtentam, per cursum temporis requisiti ad præscriptionem. Bart. *in l. de quib. h.* exponit inductam ad modum servitutis. Bald. *ibid.* cursu temporis perfectam, roboratam, firmatam. Non præscripta itaque est, quæ adhuc in fieri & nondum introducta plenè, quæ ferè mos & usus appellatur, & vim consuetudinis nondum nacta est. Conf. Roch. de Curt. *ad d. c. f. sect. 3. n. 1. & seqq.* Petr. Salazar. *de consuet. c. 8. n. 7. & seqq.*

Qu. de consf. princ.

Non contradicat) Quæri solet, *utrum ad introducendam consuet. requiratur scientia & patientia Principis, an sufficiat ipsum non contradicere?* Pro priori est (1) *all. c. cum non ignores 15. de præbend.* (2) quod tali populo non sit potestas condendi juris: & licet consuetudo, cum sensim innotescat, antequam Principi manifestatur, possit aliquamdiu valere: tamen Princeps quandocunque velit, eam tollere queat: adeoque vim juris ex se nunquam sit habitura. Sutholt. *d. loc.* (3) accedit, quod hodie Principes civitatibus suis homagium præstantibus omnia statuta & consuetudines specialiter confirmare soleant. Verùm in contrarium facit (1) *c. 1. de const. in 6. c. licet Romanus eodem tit.* ubi consuetudo pro valida agnoscitur quæ principi ignota: (2) quod ea ex rebus factisque tacitus nascatur, in quibus impossibile habere consensum Principis, cum principium ignoretur: (3) diuturni mores scilicet legitimi temporis usus authoritatem juris hæc tribuunt, *c. cum tanto. de consuet.* ipso igitur tempore diuturno, vel Principis quoque respectu formata erit consuetudo, vel non defuisse consensum ejus evincitur. Atque hæc sententia usu recepta tutior est. Ad contraria resp. 1. ad *c. 15.* quod hic sit ἀλλότριον. Ad 2. ex natura consuetudinis esse, quod expressus & positivus Principis consensus non possit intervenire. Ideoque interpretativus sufficit, quia tolerat is & non impedit: quo ipso consensus elicitur, non modò permissivus, sed & operativus & approbativus. Vid. Suarez *de legib. c. 13. n. 12. lib. 7.* Ad 3. quod confirmatio Principis quoad consuetudines quæ non sunt contra jus, sit ex abundanti. Addi poterit de his pulchrè

agens,

agens, Jacob. Scultes *quæst. pract.* 2 *per t.* Paul. Christinæ *de j. Belgic. vol.* 2. *dec.* 55. *n.* 5. & 6.

An tot. pop. cons. requir.

Ut aut à toto populo) Ita sentit Gl. *in c. f.* §. *f. de consu.* sed rectè refutata ab A. h. Vid. Schneidvv. *ad* §. 9. *I. de jur. nat gent.* & *c.* Bachov. *ad Tr. vol.* 1. *disp.* 1. *th.* 9. *lit. d. verb. ineptè quæritur.*

Requisita 4. consu.

Rationalem) Ad hocce jus introducendum DD. vulgò 4. requirunt. I. Ut consuetudo sit *rationabilis*, Vernünfftig. II. *Inveterata* & per multos annos observata, alt herkommen. III. Usu sæpè *frequentata* sive actibus exemplisve aliquot confirmata, unde dici solet hergebrachte geübte Gewohnheit. IV. Consensu populi introducta. Myns. 6. *obs.* 41. Conf. Christinæ. *d. dec.* 55. *n.* 3. & 4.

Non valet contra jus div.

Nec præscribit. divino) Valet quæ juxta aut præter est, non quæ contra. Hujusmodi est quâ nobiles homicidii rei à pœna mortis eximuntur, & vel carcere aut mulctâ pecuniariâ puniuntur, contra mandatum Dei sanguinem humanum mortis supplicio vindicantis, *Gen.* 9. *Lev.* 24. *Matth.* 26. De quibus Bacchov. *ad Tr. th. h.* 9. Gemina in legibus Longob. Alemann. Frisionum, Saxon. Aglior. & Werin. videre licet *in Codice legum antiquarum* apud Clariss. Lindebrogium.

Quæ rationabili.

Arbitrio judicantis) Ita DD comm. quia illud jure non est definitum, *arg. l.* 1. *de jur. delib.* Neque verò rationabilis vocanda quæ bona, & irrationabilis quæ mala, quas suprà diximus differre; Quamvis usus adeò accuratè non distinguat in vernacula, quâ promiscuè dicuntur gute / erbahre Sitten / gebräuche und redliche Gewohnheiten / & malæ consuetudines, Unvernünfftige böse Gewohnheiten: vide Paul. Math. Wehner *obs. pract. verb.* Gewohnheit. Rationabilis itaque est, quæ justa ratione subnixa, quod vel habeat conditiones necessarias ad legem justam, juxtà Isid. 2. *orig.* 10. vel consistat in proportione ad communem usum & in ordine ad effectum moralem. (Conferatur R. A. zu Augsp. anno 1551. §. und nach dem.) Sive ex se sit rationabilis & ratione objecti, sive propter circumstantias, Reip. Irrationabilis est quæ vel caret ratione, vel justam non habet, utpotè quæ contra jus naturale vel divinum; contrà honestatem, contra decorum &c. *c. ult. h. t.* Ref. g. Polic. *Car. V.* anno 1548. *t.* von Handwercks Söhnen / & *Rud.* II. 1577. *t. eod.* Addatur Wehner. *d. l.* Grot. *de* 1. *p.* & *b.* 2. *c.* 19. *n.* 3. Nam quæ non modò præter, sed & contra jus positivum, gentium & civile, exindè irrationabilis non est, *arg. d. c. ult. in f.* §. *pen. de j. n. g.* & *c.* Illud patet exemplo servitutis in bello olim introductæ, hodie per contrariam consuetudinē Christianis sublatæ, in jure venandi privatis hodie, etiam in proprio fundo adempto, *junct. arg. l.* 13. §. *fin. de injur.* Hujus exempla bene multa habet Gail. 1. *obs.* 36. *n.* 2. & *seq.* 2. *obs.* 52. *n.* 17. 2. *obs.* 78. *n.* 10. 2. *obs.* 129. *n.* 13. 2. *obs.* 27. *n.* 29. 2. *obs.* 96. *n.* 1. Mynsing. 1. *obs.* 67. 3. *obs.* 39. 5. *obs.* 31. *n.* 5. 6. *obs.* 41. Anton. Gabriel. *comm. concl.* 1. *de consuet. c.* 1. *l.* 6. Job. Hering. *de molendin. q.* 2. *n.* 4. & *seqq.* Roch. de Curt. *ad d. c. f. sect.* 5. & 6. Jacob. Menoch. *de arb. jud. q. lib.* 1. *cas.* 82. Christoph. Besold. *thes. pract. verb.* Gewohnheit *n.* 59.

Tollere potest legem.

An autem contra jus scriptum) In populo libero illud dubium non habet, ibi enim lex scripta potest tolli per consuetudinem *l.* 32. §. 1. *h. t.* Neque tamen officit *l.* 2. *C. quæ sit long. consu.* quam vult intellectam A. de consuetudine populi Principem habentis; Nam quamvis hoc appareat ex inscriptione, tamen perpendenda sunt potiùs verba legis. Saltem ibi dicitur, quod consuetudo non vincat legem, non verò quod non tollat. Non vincit authoritate, quia parilem habet potestatem, cum legem imitetur, §. 9. *de j. n. g.* & *c.* tollere tamen potest per §. *pen. eod.* Greg. Lopez. *anim.* c. 5. & novissimè Ant. Perez. *in C. quæ sit long. consu. n.* 11. Diss. Zoes. *h. n.* 32. Ideoque desuetudo *in l.* 32. §. *f. h.* non significat privativè non usum, sed implicitam consuetudinem contrariam. *d.* §. *pen.*

Quales actus requir.

Actuum frequentia) Intervenire debent actus scilicet exempla exercitæ consuetudinis ex III. requisito. Notanda autem hic inprimis actuum qualitas: (1) debent esse voluntarii, aliàs non possunt indicare populi consensum. Unde arcentur involuntarii sive ex ignorantia & errore *facti, arg. l.* 32. *pr.* & §. 1. *h.* circa illa quæ spectant ad substantiam consuetudinis (non obstante *l.* 39. *eod.* cujus sensus: non obtinere in similibus, id est talem consuetudinem non durare, & intellecto errore, non dare jus ad exercendos actus similes illis, qui antea quidem per errorem, quæ ex consuetudine putata legitima, exercebantur) sive per vim aut gravem metum, quod & per hunc gesta non possint habere intentionem consuetudinis introducendæ. Vid. Bart. *in l.* 3. *C. quæ sit long. consu. n.* 19. (2) Publici non clandestini actus requiruntur, ut constet de consensu populi communi, quodque notitiam, ubi opus, Princeps habeat, pateatque de animo jus introducendi. Hinc ex eo quod aliqui spontè. e. g. in emendo alteri juribus suis cesserint, vel animo evitandæ litis, ex amicitia, ex gratia, consuetudo non probabitur. Actus enim agentium non egrediuntur intentionem eorum, nec effectum operari possunt contrarium. Add. Gl. *in c. frustrà dist.* 8. & Roch. de Curt. *d. c. ult. sect.* 4. *n.* 36. (3) Actus debent esse frequentes, *l.* 5. *l.* 6. *h.* nam cum continuata & interrupta debeat esse consuetudo, oportet probari ejus continuationem per diversos actus *l.* 1. *C. quæ sit long. consu.* Quot autem requirantur, in arbitrio judicis relinquendum est. Duos tamen minimùm probari actus sufficit, si frequentiores nequeant haberi, modò accedat tempus diuturnum, nec contrarii seu difformes actus existant. Gail. *d. obs.* 31. *n.* 7. Coler. *de proc. exe. p.* 1. *c.* 3. *n.* 34. *vers. tertio articulabit.* Neque verò illi præcisè debent esse judiciales, quod quæ tacito consensu inducuntur, judicem non requirant, *l.* 28. *C. de transact.* sed sufficit si sint extrajudiciales, *l.* 28. *h. t.* Si enim sententia judicis haberi potest, nullâ aliâ probatione est opus, cum fortiùs probent, quæ judicio, quam quæ extra id gesta sunt *l.* 34. *h. t.* sin minus, sufficit demonstrare civium consensum exemplis extrà judicium, minus solennibus.

Quot anni.

Diuturnitate temporis) Exigit hanc requisitum II. Quot autem anni requirantur nec in leg. definitum est, nec inter DD. constat, ideoque verior est sententia id quoque arbitrio judicis, ita ut in rebus magni momenti tempus majus, in rebus autem minoris momenti brevius, v. c. decennium statuat, relinquendum; quantum scilicet satis est, ut id concurrat ad consensum significandum. Vid. Menoch. 1. *arbitr. jud. quæst. cap.* 83. Grot. *de* 1. *p.* & *b.* 2. *c.* 6. *n.* 5.

Sine scripto consu. ex acc.

Ut sine scripto) Minus rectè. Differentia hæc ex accidenti communis est scriptura, differentia formalis verò in tacito consensu, quem diximus suprà esse quartum consuetudinis requisitum. Qui nec hoc loco probatione indiget, sed ex lapsu temporis & exemplorum frequentia probatus colligitur, unde Joh. Fab. *ad* §. 9. *I. de j. n. g.* & *c. n.* 8. *nec credo*, inquit, *quod necesse sit probare, quod major pars populi usa fit, nec de unanimo intentum, nec quod ex certa scientia. Nam omnia ista præsumuntur probatâ actuum frequentiâ & transcursu temporis.*

Facilioris probationis gratia) Nec enim propterea consuetudo esse desinit (1) quia scriptura non est de essentia ejus, (2) *arg. l.* 2. *C. de testam.* ubi dicitur, quod nuncupativum testamentum maneat non scriptum.

licet

licet in scripturam sit redactum. Cui consequena jus feudorum, licet illud scriptum habeamos, tamen & hodie rectè dici consuetudines feudales. Diss. Dd. variè.

Cur probanda.

Probari convenit) junct. *l.* 1. *C. quæ sit long. consu. l.* 3. *C. de adif. privat.* & quidem plenè, specificè, & exactè. Myns. *d.* 6. *obs.* 41. Per actus enim (qui facti sunt) inducta, facti etiam judicator *c.* 1. *de constit. in* 6. facta autem quæ etiam prudentissimos fallunt, non præsumuntur, sed probari debent *l.* 2. *de* 2. *& f. ign.* Secus est in jure scripto, per *d. l.* 2. cum notoria & certa constet promulgatione, & in notoria monumenta sit redactum. Exceptio tamen est in notoria & generali consuetudine, forte totius Germaniæ vel Ducatus. Has enim allegari ceu indubitatom notorium, sufficit. vid. Coras. *p.* 2. *de art. jur. c.* 10. Salaz. *d. tr. c.* 7. *n.* 20. 21. 22.

Quomod. per testes.

Testibus saltem duobus) Equidem actus probandi opinione hominum confirmati esse debent *l.* 18. *in f. de prob.* indeque vel major populi pars exigi videtur, *arg. l.* 19. *ad municip.* Frequentius per decem testes probari volunt, quæ probatio dicitur fieri *per turbam*, sive quod decem homines turbam faciant, *l.* 4. §. 3. *de vi bon. rapt.* sive quod testes non secretò, ut alias, sed palam in illâ turba & multitudine examinentur. Vid. Coras. *d. loc.* Bach. *ad Tr. b.* Si tamen duo testes senes de iisdem actibus deponant, tum & de aliia præsumitur. Andr. Gail. *d. obs.* 31. *n.* 15. Modò deponant cum ratione scientiæ, de actibus frequentibus, notis, publicis, præsentibus aut scientibus multis personis. Mascard. *de prob. vol.* 1. *c.* 431.

An à Doctori.

Quia peritis etiam sine causa redditione) An ergo Doctori juris allegandi consuetudinem credendum est? Neg. Coras. *d. loc.* quod hi non de facto sed jure respondere debeant: At rectè ait Bach. *d. disp.* 1. *th.* 9. *lit. b.* attestationem Doctoris facere probationem præsumptivam, maximè si fiat ab Advocato, & super consuetudine curiæ vel loci in quo versatur. *arg. l.* 9. §. 1. *C. de testib.* Add. Mynsing. 5. *obs.* 96. Atque ista ad hunc quoque tit. observasse, none & partim addidisse sufficiat. Si quis autem exponere titulum vellet juxta leges sub eo contentas, quem modum laudavi *ad t. de. l. & l. num.* 1. *verbis: tum compositurus.* illi II. capita facienda sunt I. de legibus & SCtis permixtum: II. de longa consuetudine. In priore quatuor tractantur. Primò quid sit lex, *l.* 1. *&* 2. Secundò quæ sit ratio legum faciendarum vel condendarum. In quo tres ponuntur regulæ ad legislationem & SCta necessariæ I. est jura constitui de iis quæ fiunt ut plurimum, non quæ perraro. *l.* 3. 4. 5. *&* 6. II. de virtutibus legis *in l.* 7. III. jura generaliter constitui, non in singulas personas, *l.* 8. Senatum quoque jus facere posse, *l.* 9. Tertiò in priori parte tituli tractantur varia de legum interpretatione, decem regulis. I. extat in *l.* 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. II. in *l.* 17. III. *in l.* 17. *&* 19. IV. *l.* 20. *&* 21. V. *in l.* 22. VI. *l.* 23. VII. *l.* 24. VIII. *l.* 25. IX. *l.* 26. 27. X. *in l.* 28. Quartò & ultimò agitur in priori capite, de potestate, vi, usu & authoritate legum & SCti, *l.* 29. 30. 31. Posterius caput tituli duo etiam habet membra. Prius est quæ sit vis consuetudinis in legibus interpretandis, *l.* 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. Tandem epilogi loco de jure i. legibus in genere subjiciuntur. *l.* 40. *& l.* 41.

Revocantur leges h. t. ad certa capita.

TITULUS IV. C. 1. 14. 15.

De Constitutionibus Principum.

1. *Constitutiones Principū.*

Constitutiones Principum partem esse juris scripti, diximus §. *Sed & quod Principi, Instit. de jur. nat.* Quod enim Principi placuit, legis habet vigorem, *l.* 1. *hoc tit.* utpote cum lege regia, quæ de ejus imperio lata est, (tempore, quantum suspicor, Augusti, quem primum legibus fuisse solutum, potestatemque populi & Senatus ac Tribunorum ad se transtulisse, accepimus *ex Tacito, lib.* 1. *Dione, lib* 53. *S. C. de imperio Vespas facto, quod adhuc Romæ extat.* cujus exemplum reliqui deinceps Imperatores secuti sunt,) populus ei & in eum (pro initio ipsius legis hæc verba fuisse arbitror, qua in eum ipsum populum scilicet potestatem Principi fuisse concessam, Theoph. in Instit. indicat) omne suum imperium & potestatem conferat. Quodcunque igitur Imperator constituit, jus est: vel per epistolam, qua absens consultoribus respondet, *l.* 3 *de testibus, l. debitoribus*, 31 *de re judic.* aut per subscriptionem statuit, quando libellis supplicantium sententiam suam subscribit, *l. non distinguemus*, 32 *al.* 37. §. *cum quidam*, 13 *de recept. arb. l sed addes* 19. *al.* 21. §. 9 *loca, l divi.* 17. *de jur. patron.* vel ipse cognoscens de causa solenniter in judicio, *l.* 3 *de his quæ in test. delen. l. Æmylius* 39 *de minor.* aut de plano extra judicii locum, & citra usitatum ordinem decrevit. *l* 1 *hoc tit. l.* 3 *C eod.* aut edicto publicè vetuit, vel jussit: aut oratione, quæ in senatu suadendæ legis causa solet a Principe haberi, præcepit, *l oratio*, 16 *de spons l* 1 *de rebus eor.* Hæc enim omnia, legem esse constat. *l.* 1. *hoc tit. l.* 3. *C. eod.* Et hæ sunt, quas Constitutiones appellamus.

2. *Constitutionum divisio.*

Planè ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur. Ut quod Princeps ob merita alicui indulsit, aut si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, *ut Novel.* 139 aut aliter interlocutus inter duos duntaxat est, non animo faciendæ legis, & ut inter alios, quàm qui in lite fuerunt, valeat, *l.* 2. *l.* 3. *in fin C. de legibus, l.* 1 *hoc tit.* id enim personam non egreditur, *l.* 1 *in fin.* quamvis alioqui beneficia ejus latissimè respectu ipsius dantis, non alterius sint interpretanda. *l* 3. *hoc tit. ubi vide Ias & Dd.* Planè, quoniam Princeps successori præire nequit, *gloss final & Dd. in l. digna vox*, 4. *C. de legib. Bald in l.* 2. *num* 3. *C de legib. Bart in l* 2. § *final. de op. legat Bald consil.* 161. *proponitur, num.* 2. *vol.* 2. (Par enim in parem non habet imperium, *l* 4. 6. *de recept. arb. l est receptum*, 14 *de jurisdict*) constat, Constitutiones posteriores prioribus esse potiores, iisque etiam derogare, *l. final. hoc tit l.* 1. *ad leg. Aquil c ultim in fin de rescript. lib* 6. *Bald l.* 1 *hoc tit. c. ultim ut lite pend c.* 1. *ubi Panor num.* 1. *&* 10 *de sequest. poss.* Alia contractus est ratio, qui à Principe factus, licèt vim civilis legis habeat, *l penultim C. de donat inter vir.* tamen ex jure naturæ successores etiam obligat, *Bald. Castr. d. l digna vox, Cravet. de antiq temp. in princ. num.* 17. *Bald. l.* 2. *num* 40. *C. de servitutib. Felin & Dd. c. quæ ecclesiarum, de constit. tex in c* 1. *de probat. ubi Canonist.* quoniam instar privatorum ex contractibus tenentur, *d. c.* 1. *Bald in c.* 1. *de nat feud.* etiam quando cum subditis contrahunt. *Bald l. Princeps, sup tit.* 2. *eleganter Iacobin. in Invest. verb. Princeps, in princip num.* 4

OBSERVATA.

L. Regia.

N. I. *Lege regia*) Comm. sententia est, latam eam tempore Augusti, A. V. C. 742. ano. mundi 3939. sec. alios ann. 7. vel 8. post pugnam Actiacam, V. C. 729. ann. mundi 3926. (adeoque sub finem seculi I. ante natum Salvatorem) quod verisimilius. Et probari id potest argumento eorum quæ habet Dio hîc citatus. Nam (1) ab Aug. pop. Romanus *supplicib. verbis rogavit, ne se imperiumque Romanorum desereret.* simul juramento confirmans, se ejus acta confirmaturum. (2) A. V. C. 729. ipso Augusto X. & Cajo Norbano Coss. concessit ut Augustus emendaret omnia. (3) Hinc ipse leges pro arbitrio fecit, 4) usque

nomen

nomen Augustarum senatus imposuit. (5) Iisdem solenni juramento obedientiam promisit. Accedit testimonium *l.1. §.7. C. de v.i.a. l.1. h.t. l.1. de const. Princ. §.6. de I.n.g. & c.* Circa hæc itaque tempora credibile est latam L. Regiam, quâ populus Romanus, cum vires suas in tantum decrevisse videret, ut nulla, vel certè exigua recuperandæ libertatis spes esset reliqua, vi & metu adacta, omni se potestate abdicavit, eamque latâ hac L. Regia in Augustum transtulit. Fragmenta ejus vide ap. Hotomann. *lib.1. antiqu. Rom. de LL. Rom. sub. tit. R.* Conf. Dn. Lansium & Calvinum *de L. Reg.* Anton. Augustin. *de leg. & senat. verb. regia.* Franc. de Amaya *obs. jur. lib.1. c.2. n.29.* Sed dissentit ab hac sententia ex professo Martinus Schœckius in epistola de figmento L. Regiæ Groëningæ edito anno 1661.

Transtulit omne Imp. in Princip.

Omne suum imperium) sc. *abdicativè & privativè*, ut loquuntur, non communicativè, (1) *per §.6. I. de t.n.g. & c.* ubi dicitur pop. non communicasse sed transtulisse imperium, (2) quia sub primis temporibus constat Remp. fuisse Monarchicam simpliciter, (3) quia populus & Princeps non possunt habere communia jura Majestatis, nec enim datur ejusmodi Reip. mixtura. Diss. Paul. Castr. *h.* populum tantum concessisse usum. Alii. Coras. nullam fuisse legem Reg. quod non adfuerit liber populi consensus. Sed ad quæ satis respondit Suiholt. *de jurisd. th.71. & seqq.* Conf. Bacb. *ad §.6. I. de I.n.g. & c.*

Constitutio quid.

Quodcunque igitur Imp. constituit jus est.) In *l.1. h. & d. §.6.* habetur, quod Principi placuit legis habet vigorem. Intellige (1) quod placet *animo constituendi jus generale*: nam etiamsi ex absolutâ potestate dependeat jus condendi leges, tamen non quodcunque placitum Principis lex esse potest. (2) legis *habere vigorem est vim, robur & autoritatem legis habere*: oppositive sc. ad legem strictissimè sumptam, quia quod populus Romanus constituebat, lex, quod Princeps, constitutio dicebatur. Et quamvis omne superioris decretum appelletur constitutio, *c.6. & 9. de constit.* placita tamen Principum per excellentiam & signatè hoc nomine insigniuntur *l.1. h.t.*

Divisio. 1.

Epist. s. rescriptum.

Vel per epistolam.) Constitutiones aliter dividuntur ratione formæ, aliter ex fine. Illius respectu (1) in *Epistolam s. Rescriptum*, quo Princeps ad magistratus absentis consultationem, præsentium libellos respondet, quandoque saltem subscribit: exempla sunt in *§. ult. I. de his qui sunt sui vel al. jur. § f. qui & ex quib. caus. man. §. si plures. de fidei. l.1. de offic. præf. vigil. l.33. de re jud. l. quæsitum. ad Sen. Turp.* Adde *l.2. C. de offic. præf. or. l.16. C. de judic.* (ubi rescriptum dicitur forma.) & Franc. de Amaya *1. obs. jur. 1. n.150. ad fin.*

Decretū.

(2) *Decretum*, quod est sententia Principis inter duas partes, quarum de causa ipse cognoscit & judicat *l. ult. de hered. inst.*

Edictum.

(3) in *Edictum*, quod jus à Principe, proprio motu de Rep. in utilitatem subditorum, constitutum, *§ ult. de usucap.* cujusmodi etiam sunt XIII. Edicta Justiniani, Codici ejusdem editionis cum not. Gotofredi postfixa. His addi potest (4) *Oratio Principis*, quæ initio mutatæ Reip. aliquandiu à Principe in Senatu habebatur, legis suadendæ causa, quā orationem deinde SCtum subsequi solebat. *toto t.1. de reb. eor. l.3. ibi: oratione conduntur. C. de leg.*

Mandatū.

& (5) *Mandatum principis t.t. C. de mandat. Princip.* quod est præceptum s. monitum certis personis, veluti præsidibus aut procuratoribus Reip. in speciali negotio datū. Vid. *Nov.17 in præf. &* ibi Gotofr. *verb ex libris.* Differunt hæc à constitutione, quod nō sint generalia, nec probentur per testes sed tantū literis Principis probatis *l.1. C. d.t.* Cæterū pro pleniori intellectu harū specierum insuper notandum est (1) quod rescripta, licet

Vis rescriptorum generalū.

ad unam certam causam facta, leges fuerint generales, quas judices omnes in similibus causis sequebantur, un videre est in omnibus legibus Codicis, quæ sunt illa veterum Impp. rescripta. Conoan. *1. comm. ult. num.7.* (2) Decretum dicitur sententia Principis, quia olim solebant ipsi Principes jura reddere de iis tamen causis solùm quas suâ cognitione dignas existimarent. Hinc Principum judicia dicebantur cognitiones extraordinariæ (quod jure ordin. jurisdictionem nullam haberent) cætera verò juris ordinarii *l.3. de his quæ in test. delent* Connan. *d. c. ult. num.4.* Et hæc decreta etiam instar legis in omnibus similibus casibus valebant *l. f. C. de legib.* Verum aliquando etiam Princeps extra judicii locum (non pro tribunali i. e. sede & loco magistratuum eminentiore) & citra usitatum ordinem, de plano, omissis formulis & judiciibus solennibus & q. aliud agens, decernere solebat. Et hæ Principum cognitiones dicuntur *in l.1. §.1. verb. cognoscens h.t.* interlocutiones *d. §.1.* quod eas Princeps q. inter aliud loquendum & agendum decerneret, aut interloquentibus & interpellantibus responderet. Conn. *d. c. f. num.5.* De his Q. solet, *an etiam interlocutoria Principis sententia habeat vim legis?* Quod aff. *in d. l. §.1. ibi: vel de plano interlocutus. h.t.* Contra reg. *in l.2. & 3. C. de legib.* Dist. A. *num.2.* utrum Princeps interloquatur animo faciendæ legis vel non: ita ut priori casu valeat inter omnes *d. l.1. §.1.* hoc casu tantum inter partes ut sententia *d. l.2. & 3.* Addesis Dn. Frantzk. *comm. h. n.33. & 34.* (3) Edicta Principis differunt ab edictis prætorum, nec erant annua sicut edicta prætorum sed perpetua, quemadmodum ipsius Principis potestas perpetua erat.

Decretū & interloc. sent. Principis an habeat vim legis.

Divisio. 2.

N. II. *Plane ex his quædam sunt personales*) II. à fine constitutiones dividuntur in generales & personales. Illæ sunt de quibus supra dictum, atque potissimùm ex ordinariis justi principiis promanant, quod certâ & ordinariâ ratione ita fuerit constitutum. Hæ *privilegia* dicuntur, q. *leges privæ*, quia veteres *privilegia* priva dixerunt, quæ nos singula dicimus, Gell. *lib.10. c.20.* Olim autem vox privilegii plerumque in malam partem accipiebatur, notante Coras. *in l. jus singulare. de legib.* hodiè verò semper pro prærogativa aliqua. Et 1. latissimè denotat quamcunque prærogativam, *N.40. c.1.2.* juris prærogativam ab auctore legitimo concessam. Et tunc vel significat jus quod concedit, vel jus concessum *l.14. C. de usufr. l. 6. C. de testam. junct. l.2. l.7. & seqq. de test. milit.* vel *instrumentum*, rescriptum quo jus tale exprimitur & continetur. Vide Abb. *in c. contigit de fid. instrum.*

Sylloge materiæ de privil.

Ut significat jus definitur lex (*l.5. de testib. l.2. C. de legib. l.18. C. de collat.*) vel constitutio (*l.1. §. item cum. quæ sent. sin. app. l.1. §.2. h.t.*) privata (*c. abbate. de V.S. c. privilegium dist.3.*) aliquid speciale (*d. c. abbate. c. in his de privileg.*) ex singulari ratione (*§.6. I. de I.n.g. & c.*) concedens. Bartolo *in l.3. h.* dicitur lex scripta contra jus commune, Baldo *in l.2. de leg.* lex privata. Verùm scriptura non est de essentia privilegii *c. institutionis. 25. qu.2.* ubi *Gl.* & Baldus differentiam specificam omisit, *arg. d. c. abbate. & c. in his.*

Definitio.

Real. pers.

Dividitur I. in *Reale* (quod conceditur alicui rei; muneri vel causæ distinctæ à persona) *l.68. l.169. de R.I. l.12. C. qui pot. in pign.* & *Personale*, quod immediatè fertur in personam, ratione personæ, *arg. l.157. de reg. jur. l. forma §. quamquam de censib.* Ubi notandum, personam hic non denotare eum qui privilegio fruitur, alias enim omnia privilegia forent personalia, nulla realia, sed subjectum, cui velut immediatè adhæret privilegii immunitas. Hæ personæ autem vel sunt singulæ, vel plures universitatem aut ordinem constituentes, *l.4. §.3. de censib.*

Gratiosum remuneratorium Convent. purum.

II. in *Gratiosum* & *Remuneratívum*, quæ vel gratis vel propter merita, propria aut aliena, conceduntur, *arg. c. mandata. de præsumpt.*

præsumpt. III. in *Conventionale*, (interveniente conventione s. pacto constitutum, cujus respectu privilegiarius quodammodo censetur emere vel compensare) & *Purum*. Neque enim ratio pacti naturæ privilegii repugnat, ut putat Bald. *in l. f. C. und. lib. n. 33. & 34.* cum non sit de hujus essentia ut gratiosè semper concedatur; exemplo donationis, quæ etiam potest fieri cùm aliqua obligatione & compensatione recipientis.

Perpet. tempor.

IV. in *Perpetuum* (quod adhæret rei de se perpetuò, vel sine limitatione temporis concessum, v.c. Ecclesiæ, monasterio, *c. qua semel. 19. q. 3.*) & *Temporale*, quod ad certum tempus, solam personam, ad conditionem restrictum, *l. quoties C. de precib. Imper. off. c. 7. de R. I. in 6. c. si gratiosè. de rescript. in 6.*

Affirm. negat.

V. In *Affirmativum*, quod concedit facultatem agendi, & *Negativum*, quod dat licentiam aliquid omittendi. Ex quibus hoc semper est contra legem, & perdi non potest per non usum, quia ejus usus in omissione consistit, & ideo qui omittit, jam utitur privilegio, atque ex vi omissionis non amittit.

Script. nō script.

VI. in *Scriptum* (in scripturam redactum) & *Non scriptum*: quod duplex: (1) Per accidens quod ore quidem prolatum à concedente, contigit autem ut non scriberetur vel literis minus authenticis: (2) Per se tale, ex tacita Principis connivenria comparatum, consuetudine introductum. *arg. c. duo simul. de offic. ordin.* Gl. *in c. novit. verb. consuetudo. de judic. & in c. cum contingat. de for. comp.*

Referens absolutū.

VII. In *Referens* & *Absolutum*. Illud vocari solet *Ad instar*, ex *l. omnia 34. C. de episc. & cler.* verb. c. Academiæ Juliæ concessa sunt privilegia ad instar Bononiensis.

Quæstio de privat. referente.

Unde quæri solet, an aucto exemplari (per novas concessiones) augeatur etiam privilegium *ad instar*. Quod rectè negativè decidit Bald. *in d. l.* quia hoc privilegium datum est ad imitationem ejus quod jam existit, non ejus quod futurum est. Nisi & hoc verbis privilegii exprimatur, *arg. d. l.*

Qui quib. conc. priv.

Concedere porro privilegium potest, quicunque legem condere, *arg. d. l. 1. & 2. h. t.* Illis qui vel subditi vel aliquo modo inferiores sunt: deque istis rebus de quibus aliàs leges fieri possunt, quæ justæ, rationabiles, honestæ.

Quomodo ad petitionem. motu proprio.

Ad formam pertinet, quod concedi soleat vel *ad petitionem* & instantiam alicujus, vel *proprio motu* s. ex mero principis arbitrio, voluntate ac liberalitate, auss eigner bewegnüs. Illud fieri censetur quoties in privilegio non exprimitur claus. *motu proprio*; quod motus proprius includat negationem instantiæ seu petitionis alicujus, juxta Gl. *in c. si motu proprio. de præb. in 6.* Verùm rectiùs dicitur, concessionem factam motu proprio excludere petitionem vel omnino, vel saltem ut principalem causam à quo dependerit concessio. Potest enim Princeps dici propriâ sponte priv. concedere licet ad instantiam alicujus, ita ut ejus petitio non sit adæquata causa finalis, vel ratio concedendi privilegii: sed potius sic concedatur ex liberalitate Principis, ut etiam sine petitione illud esset concessurus, ut rectè docet Bald. *in c. nisi. de offic. deleg.*

Differentia.

Magnum etiam inter hæc discrimen est: quod illud non sit tam voluntarium & liberale quàm hoc: illud retorqueri possit contra privilegiatum hoc non item: illud oppositâ exceptione surreptionis tolli queat, non verò hoc: de quib. vid. Bart. *in l. 1. n. 2. h.* Anton. Gabr. *libr. 6. comm. op. t. de clausf. c. 2.* Felin. Sandæ. *in c. cæterum. de rescript. num. 9.*

Confirmatio.

Ad formam spectat & Privilegii confirmatio, quæ fit vel in forma communi s. simpliciter, vel ex certa scientia (cum notitia perfecta & omnium illius circumstantiarum.) Priori modo nullum jus novum confertur, nec datur valor privilegio si erat invalidum, *c. quia diversitatis. de concess. præb.* posteriori modo vim habet novæ concessionis, Gl. *in d. c.* Citatio vero partis hic regulariter non requiritur. Vid. Christinæ. *decis. Belgic. Vol. 2. dec. 63. num. 7.*

Effectus.

Effectus Privilegii sunt vel speciales, qui distinctorum privilegiorum inter se, vel communes & in genere. Cujusmodi 1. dare alicui facultatem specialem 2. obligare ad jus ejusmodi servandum. 3. derogare juri communi. Ad primum pertinet privil. interpretatio, quæ diversa; ad secundum actio s. condictio ex privilegio.

Finitio.

Finitur denique priv. variè, per amissionem, renunciationem, per non usum, privativum sc. seu omissivum, haud vero merè negativum, cessante causa, per abusum, *c. privilegium. 11. quæst. 3.* per revocationem expressam vel tacitam, & sic deinceps. Videsis Baronem Enenckel *tr. de priv. jur. civ.*

Beneficia ejus latissime) Rectè ait *ratione dantis*. Mens enim hujus est, quod privilegiato omnibus modis prodesse debeat privilegium. Hincque est, quod extendantur quandoque privilegia de re ad rem, de persona ad personam, de loco ad locum, de tempore ad tempus. Confer eleganter hæc explicantem Carolum Tapia *ad l. f. h. t.*

Q. de obligatione Principis success.

Princeps successori præire nequit,) Q. *an Princeps teneatur antecessoris sui facta probare.* Distinguimus, an succedatur in locum antecessoris jure hæreditario, an non, sed ex jure proprio. Primo casu tenetur Princeps, *arg. l. 14. C. de rei vind.* Quod non modo in regnis, sed & in provinciis aut ditionibus hæreditariis obtinet; nisi contractus laboret vitio nullitatis, ob quem eum revocare etiam antecessor potuisset, *Jac. Rikius de union. prol. c. 7. num. 115. & seqq.* Eademque ratio est in feudo hæreditario, in dem Erblehn: quod successores non ex propria persona sed alterius defuncti veniant: unde & æs alienum ab ipsis est exsolvendum, *d. l. 14. C. de R. V. & pass.* Andr. Gail. *2. obs. 154. num. 10. & seqq.* Altero casu regulariter non tenetur princeps: ut si *summus* succedat jure electionis, ex lege, indignitate & sceptro, aut *dependens*, ex causa particulari, v.c. dotis, emptionis, ex feudo pactionato, (quod præsumitur, *Joach. Mynsing. 4. obs. 2.*) simultaneâ investitura, jure administrationis, beneficii, &c. Causam enim non ab antecessore sed jure proprio vel à primo acquirente, vendente, dotante s. alienante, vel ab eo qui admisit simultanee investiri (q. ex contractu societatis, juxta eleganter tradita à Mudest. Pistor. *p. 2. quæst. 159. & vol. 2. cons. 40.*) habent. Multò minus itaque tenebuntur (1) ad conventiones antecessoris illas ex quibus jus saltim personale s. ad rem quæsitum erat, adimplendas, ut ex pacto expectativo de beneficio vel feudo non vacante &c. *Gotofr. Anton. disp. feud. 7. th. 1. lit. e.* Si (2) quid gestum sit, in perniciem publicam, aut præjudicium dignitatis, *Grot. d. l. b. & p. l. 2. c. 4. num. 12.* unde immodicæ donationes à successore Imperii & regni licitè retractantur, *c. fraternitatem. c. pastoralis. de donat. c. intellecto de jurejur. N. 7. §. ut autem Ludov. Molin. de I. & I. tr. 2. disp. 25. num. 3.* Idemque obtinet in similibus alienationis speciebus, *Hotomann. ill. 1. Peregrin. de jur. fisc. l. 1. t. 7. n. 14. 17. Petr. Ant. de Petr. de t. q. per Princ. non toll. c. 32. § capio. nu. 19. & mult. seqq.* Si (3) antecessor imperium sine jure invaserit, *Grot. d. c. n. 14.* Exceptio est I. in obligatione pro reguminis necessitate, utilitate, & incremento contracta, seu ad usum publicum Principatus, *Dn. Theod. Reink. de R. S. & E. 1. class. 3. c. 10. nu. 42. Cardin. Mantic. in lucubrat. Vatic. de tac. & amb. conv. lib. 27. t. 5.* II. in filio patri succedente in feudo pactionato, quia simul est ipsi hæres, *2. F. 51. §. filius.* III. in debito converso in utilitatem feudi, quod exsolvendum à successore, ut maximè is jure hæreditario ad id non pervenerit.

Hartm. Pistor. p. 1. quæst. 31. num. 15. Petr. Heig. p. 2. quæst. 20. *num.* 43. IV. Ad leges Imperii vel Principatus fundamentales adstrictus est successor, quibus etiam adjuncta esse & contineri solet confirmatio privilegiorum. In aliis legibus antecessoris alia ratio est, qui successorem ligare nequivit, *arg. l. 4. de arbitr. l. 58. de judic.* Solent tamen boni Principes leges latas prædecessorum bonas & Reip. salutares confirmare & retinere, collapsasque restituere, atque sic suas efficere *l. 2. §. omnia. C. de V. I. E. c. si Apostolica. de præb. in 6.* ne destructione eorum quæ statuerunt antecessores, magis versores quàm constructores habeantur, *c. si ea. c. decessorum. 25. quæst. 2. Henn. Arnis. de jur. maj. l. 1. c. 7. pr. Tiber. Decian. 3. resp. 14. n. 72.* Principia ex quibus ista promanant fere III. sunt 1. objectum in quod succeditur, jus, hæreditas, feudum, dignitas, magistratus, officium s. munus 2. modus succedendi, universalis vel singularis 3. causæ debendi antecessoris, puta factum in genere, prout rem gestam, gestum, s. quemcunque actum, contractum prædecessoris denotat, *l. 9. de jurisd. l. licet. de verb. signif.* Alia quoque quæstio est an & quomodo successor in genere obligetur, priori longè latior: vide Bachov. *h. verb. constitutiones posteriores & ad Tr. 1. disp. 6. th. 7. lit. b. verb. & prædecessoris.* Grot. *de i. p. & b. 2. c. 14. n. 10. & seqq.* Christoph. Besoldum *p. 3. consil.* 113. & novissimè talia accuratius examinantem Clarissimum Taborem *de oblig. success. in offic. c. 5. n. 21. & seqq.*

Principia horum.

Vim civilis legis habeat.) Verùm aliud est contractus Principis, aliud ejusdem constitutio vel lex. Principis placitum non est lex, nisi animo ferendæ legis proponatur, *arg. §. 6. I. de i. n. g. & c.* in quolibet enim actu inspicienda est mens & intentio agentis; nec potest actus extendi ad non cogitata, *arg. l. 55. de O. & A.* contra principia humanarum actionum. Deinde, ex legibus vi justitiæ non oritur jus & obligatio adversus Principem, (neque natural. neque civiliter) subditi enim parere tenentur, *l. 1. de leg.* Ex contractibus Principis, vi justitiæ oritur obligatio adversus Principem, *arg. pr. de oblig. l. 3. ff. eod.* Ergo contractus Principis non sunt leges. Minor aperta est, & quia sec. principia à justitia deducta, Principi quoque fides servanda est, quod præceptum juris naturæ, *l. 1. de pact. l. 1. de constit. pec.* Nec officit *l. pen. C. de don. int. vir. & ux.* ibi enim donatio Principis dicitur vim legis habere sec. quid, quat. s. ille hîc contraxit qui simul habet potestatem condendæ legis; si enim is velit, potest veram legem facere: si verò contrahat, id vicem legis habet, per quandam analogiam. Si dicis pactum tamen esse legem, *l. 7. §. 1. de pact.* fallaciam committis, & privatorum quoque contractum legem esse admittis, Principi adeoque nihil juris singularis reliquis.

Quomodo contr. Princip. vim legis habet.

Instar privatorum.) Quæstio est de Principe summo. Hic non potest emptionem venditionem sine certo pretio, locat. cond. non expressâ mercede &c. celebrare; quia hi actus non à Principe quâ tali sed ab eo ceu alio quovis fieri solent; quamvis dissentiat Vasqu. *lib. 2. controv. 3. c. 51. n. 34.* rectè hoc nomine refutatus Grotio *de i. p. & b. lib. 2. c. 14. n. 5.* Cæterùm quod dicit A. Principes teneri contractuum nomine, ex jure naturæ, insuper explicatione opus habet. Distinguendum enim est inter contractus vel actus quos facit cum subditis *quà privatus, s. ut quivis alius,* & quos celebrat *ut Princeps est.* Ex illis non modò naturaliter obligatur, ad fidem servandam, verùm & civiliter: quippe cum illos actus ut quivis alius celebret Princeps; non possunt quoque leges civiles in eo non valere: cum etiam hæc sit natura justitiæ commutativæ, ut personæ respectum non admittat, *arg. d. pr. de oblig. & l. 3. ff. eod.* quamvis quoad actum secundum s. efficaciter eod. jure civili is non obligatur: quia efficax actio quâ cogi possit contra eum subditis non competit. Posteriori casu, si Princeps quâ talis contrahat cum subditis, puta de negotio & causa status juribusve publicis, equidem tunc, ut legibus civil. universalibus adstringetur, sed absque vi exigendi, ut s. dictum *n. 7. verb. Principe excepto.* Et hoc sensu verum est quod aliàs dicunt Dd. & A. hîc, Principem ex subditorum conventionibus tantùm jure naturæ teneri: nam si illud universaliter capias, ut plerique faciunt, falsissimum est. Atque ex his lucem quoque capiunt quæ *ad verb. etiam quando.* per obscurè satis notat Bachovius *h. t.* Jung. Grot. *d. c. 14. n. 5. 6. & seqq.*

Quom. Princ. ex contr. teneatur s. nat.

TITULUS V.

De Statu Hominum.

1\. *Objecta juris, & ordo titulorũ, quid sit status, ac quotuplex.*

OMne jus quo utimur, vel ad Personas pertinet, quibus jus redditur: vel ad Res, de quibus jus redditur: vel ad Actiones, sive judicia, per quæ jus redditur, *l. 1. & 2. hoc tit. §. ult. Instit. de jure nat. gent.* nam verbo Actionis omnem judiciorum ordinem, principium, progressum atque exitum comprehendimus *Instit. de act. in prine.* Nulla est autem juris dispensatio, in qua non aut de personis, aut de rebus, aut de judiciis, aut de his simul omnibus quæratur. Itaque quanquam in postrema materia explicanda, videlicet quomodo agi, & judicio res inter litigatores peragi, ac suum cuique tribui debeat, Pandectæ totæ consumuntur: tamen ut melius ea ipsa intelligantur, Isagoge quædam de jure personarum, & rerum divisione præmittitur. Nam & de his passim variæ instituuntur disputationes, neque enim in omnibus judiciis non habetur ratio personarum, quæ judicia sustinent, *c. forum. de verb. signific.* & rerum, de quibus litigari solet. *l. 5. de agnosc. cognat.* quæ sanè percipi satis rectè nequeunt, nisi præmissa quadam & status hominum, & divisionum, qualitatisque rerum expositione. Quam in parte ordinem perpetui Edicti secutus est Tribonianus, *l. 1. & 2. hoc tit.* Nam etsi Julianus J. C. in Edicto perpetuo (quod compositum Imperator Adrianus confirmavit, ex eoque de voluntate Senatus perpetuò jus dici voluit, cum antea edicta, leges tantum essent annuæ, *Cic. in Ver. 3.*) edicta duntaxat Prætorum, quibus judicia & actiones continebantur, describere & complecti voluit: tamen, quia in iis non exactam personarum, & rerum divisionem factam videbat, prudenter de vario hominum statu, deque rerum divisionibus & qualitate, ante omnia disserendum, sibi ratus est: quod his non intellectis, reliqua percipi rectè non posse animadvertebat. Primò igitur de statu personarum, quarum causa jus constitutum est, *l. 2. hoc tit.* juxta ordinem perpetui Edicti aliquid est dicendum. Status hominis aliud est, quam dignitas, *l. qui furere 20. hoc tit. in prin. Instit. de cap. dimin.* nam hæc ad splendorem, & actiones vitæ, illæ ad conditionem, in qua quisque nascitur, & ab origine quasi stat, pertinet. *l. de statu, 15. ubi gloss. de testa.* Hujus tria censentur esse capita: Libertas, Civitas, familia, *Lepus, 41. ubi gloss. ad verb status, si cert. pet.* ut apud Terentium *in Eunucho.* Principio dico esse liberam, civem Atticam meam sororem. Quare cùm unum ex his tribus adimitur, caput hominis minui dicitur, maxima, media, minima capitis diminutione, *unde infr. de cap. dimin. instit. eod.* In quæstione potiò status, summa & prima divisio est, qua homines in liberos & servos tribuuntur. *l. 3. hoc tit.* hoc enim primum & præcipuum juris status caput est, quod vitæ, mortique comparatur, *l. servitutem, 209. al 210. de reg. jur.* Sed quia de discrimine sexuum aliqua hoc in titulo traduntur, nos docendi gratia divisionem personarum primam à natura mutuabimur.

Personarum ergo triplex est divisio: una Naturalis, altera Juris gentium, tertia Civilis.

Natura

Natura hominis ex anima & corpore composita : quarum illa præstantior, *l. antepen. 17. C. de sacros. Eccles.* non ex traduce, sed factoris ab ore spiritum patre creata, in mares & fœminas tribuit : ex quibus hæ illis deteriores sunt conditione in multis juris articulis *l. in multis 9. hoc tit. Doc. in l. 2. de reg. jur.* Quod ad hermaphroditos attinet, ejus sexus existimandi sunt, qui in his prævalet *l. quæritur. 10. h. tit. l. repetundarum 15. in fin. de testib.* In dubio porrò pro masculis habentur, & feudorum etiam sunt capaces. *Bald. in l. quoties. 12. numer. 10. 11. 12. C. de fins & leg. hæred.* Monstra autem, quæ contra formam humani generis converso more procreantur, liberi non sunt, nec jus liberorum in bonis parentum habent *l. non sunt liberi. 4. h. tit. Paul. lib. 5. Sent. tit. de success. suc.* etiamsi matri ad jus trium liberorum consequendum prosint, ut voluit Ulpia. *l. quæreret. 135. de verb. signific.* cujus sententiam, ut mitiorem, Justin. in Pandectas retulit, quamvis Paulo contrarium placuerit, cujus ideo non integre responsum hic recitatur. *d. lib. 5. Sent.* Porrò qui adhuc sunt in utero, etsi incertus adhuc eorum est sexus, tamen pro natis utilitatis causa habentur, *l. qui in utero. 7. & 26. h. tit. l. quod dicimus. 231. de verb. signif.* postquam nati scilicet sunt : nam in id usque tempus omnia jura illis integra reservantur. *l. cum quidam. 30. §. 1. de acquir. hær. l. antiquus 3. si par. her. pet. l. ult. de collat. bonor.* Etenim si nati non fuerint, aut mortui nati sint *l. qui mortui. 129. de verb. signif.* aut antequam perfectè nascantur, hoc est, uterum matris egressi sint, extinguantur, *gl. ad verb. leg. in c. 2. §. hoc autem de his qui feud. da. pos.* perinde atque si in vivis unquam fuissent, habentur. *Instit. proœm.*

Jure gentium omnes homines aut Liberi sunt, aut Servi. Liberi sunt, penes quos libertas est : quæ est Naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibeatur. *l. 4. hoc tit.* Servi, a servando dicuntur, quod homines bello captos servare, non occidere solent : id enim semper inhumanum est visum, *Bart. in l. in laqueum 55. de acquir. rer. domin.* suntque illi, qui justam servitutem serviunt, propriè servi. Servitus autem est Constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur. *l. 5. hoc tit. l. manumissiones. sup. de justit. & jure.* Servorum una & par omnium est conditio. nam tam jure gentium, quam civili, nullo loco aut numero habentur, *l. quod attinet. 32. al. 33. de reg. jur.* Etenim neque personam habent, *l. 3. ne quis eum, qui in jus voc.* nec caput, *l. 3. de cap. dimin.* & consequenter, nec statum, *in princ. de cap. dimin. instit. versic. servus. l. 4. infr. eod. tit.* qui in tribus capitibus (ut dixi) consistit.

Liberorum porrò hominum conditio varia est. Alii enim sunt Ingenui, alii Libertini. Ingenui jure naturæ sunt, qui ex matre libera nascuntur, *d. l. 5. versic. ingenui hoc tit.* Dico. Jure naturæ, quod in ingenuitate maximè attenditur. *l. 1. & tot. tit. de nat. rest.* nam Jure civili, liberos ex justo matrimonio conceptos sequi patrem, etiam quoad statum attinet, verius est : *l. cum legitimæ 19. h. tit.* reliquos verò extra matrimonium conceptos, cum patrem nullum justum habeant, quem Jure civili sequantur, jure naturæ censeri conditione matris : *l. lex naturæ. 24. h. tit.* quæ si libera est, liberi nascuntur ingenui, si serva, cum qua non possunt contrahi justæ nuptiæ, *l. cum ancilla 3. C. de incest. nupt.* servi generantur. *d. l. cum legitimæ, 19. hoc tit. l. partum. 7. de rei vindicat. Vide quæ dixi Instit. tit. de ingen.* Ingenuorum hominum rursus partim justi sunt, partim Injusti. Justi, qui ex justis, id est, legitimis & perfectis jure nuptiis procreantur, *l. septimo mense. 12. l. imperator. 8. h. tit. l. 4. § 6. infr. tit. 1.* Injusti, qui nascuntur ex injusta illegitimaque conjunctione : ut ex injustis nuptiis, contubernio, concubinatu, promiscuo damnatove coitu, adulterio, incestu, &c. *l. Paulus 11. l. vulgo 23. l. lex. naturæ. 24. h. t. l. 5. C. de nupt.* inter quos tamen multiplex est differentia *vide C. de nat. liber. Auth. ex complexu. C. de incest. lib. & quæ dixi Inst. de nupt. de cogn. success. & senatusc. Orphit. & Marchesin. ac aliorum tractat. de success. ab intest.* Libertini vocantur, qui ex justa servitute manumissi sunt. *Libertini 6. hoc tit.* Horum status antea erat tripartitus : alii enim cives efficiebantur Romani, alii Latini, alii Dedititii : de quibus consulendus est Theophilus, *in Inst. de libert.* Sed postea, sublato hoc discrimine, omnibus quocunque modo manumissis plenam libertatem & civitatis Romæ jus Justin. contulit. *l. 1. C. de Lat. lib. toll. l. 1. C. de ded. liber.* quod antè tantum ingenuis Anton. Bassianus Severi filius concesserat. *l. in orbe 17. de stat. hom.* Sed noster pro usu sui temporis sustulit discrimina libertatum personarum. *l. 1. C. de Lat. lib.* velut & rerum. *tit. de censib. de extinct. tot. Inst. de excusat. & d. usucap.* Affinis juri status est Nobilitas. *Ias. in § præjudiciales. num. 29. Instit. de act. Tiraq. 1. de nobilita. cap. 14. numer. 5.* Dignitas *l. 5. l. 6. de Senato.* Contrariæ sunt minutiones, quibus capita status tolluntur. *inst. & infr. de cap. dimin.*

3. *De hominum divisione naturali.*

4. *De divisione hominum ex jure gentium.*

5. *De liberis, & quare personam matrem sequatur.*

OBSERVATA.

Pars Dig. specialis, de ipso jure Politico Romanorum.

N. I. *Omne jus quo utimur*) Hactenus de parte Dig. communi, quæ habet q. prologomena de generalibus jur. principiis. Sequitur nunc specialis, quæ est de ipso jure Politico Romanor. seu Cæsareo. (quat. jus politicum generaliter accipitur pro eo, quo homines in civitate utuntur, reguntur, atque naturale jus gentium & civile in specie sic dictum continet, *arg. 5. Ethic. 10. nb. & Thom. relect. 12. C.*) Hoc omne tribus absolvitur distinctionibus. Nam 1. est ex præceptis juris nat. gent. & civilibus, *pr. d. l. N. G. & C. pr. de nupt.* 2. Publicum est & privatum. *§. f. de I. & I.* 3. referunt vel ad personas vel ad res, vel ad actiones. Et in hac postrema ordo hujus juris partisque continetur, cui reliquæ distinctiones involvuntur. Quem etiam ordinem attendendum posuit Gajus *in l. 1. h.* & se observaturum dixit Hermog. *in l. 2. eod.* Compilatores verò Dig. licet eam non ignorarint, ad Edicti perpetui normam, uo ab Imp. jussi erant, se conformarunt, & paucis ex statu & de rebus delibatis, ad tertium, Judicia sc. dilapsi fuerunt, à magistratuum & jurisdictionis materia initium facientes *t. 9.*

Personæ, res & actiones non rectè dicuntur juris objecta, contra Wesemb. & Bachov.

Ad personas, quibus jus redditur.) Ita & Bach. h. addens hanc esse objecti triplicis distinctionem. Verum 1. propriè & ut jus ad disciplinam revocatur, ac quat. vox objecti capitur in practicis, pro eo, in quod finis introducitur, equidem non nisi unum juris objectum esse potest; quod ex unitate objecti unitas disciplinæ æstimetur. 2. Si personæ hic sunt quibus jus redditur, tunc non erunt objectum sed subjectum, 3. res veniunt hîc non modò ut de iis jus redditur, & quat. dividuntur, sed & quat. circa eas jus acquiritur vel habetur. 4. judicia medium sunt, non ergo objectum. 5. Neque etiam Leges sunt objectum, quia non in eas sed per eas id quod justum est in negotia hominum & Rempl. introducitur. 6. Verum quidem est ferè nullam esse juris disputationem in qua non de personis agitur; sed tum personæ vox generaliter pro homine accipitur *l. 22. de reg. jur. l. 10. §. 5. de gradib.* Et plurimæ aliæ extant personarum qualitates, *h. t.* non relatæ, Quin sic, contra mentem & Imperatoris & JCtorum, tractatus *de personis* non separaretur *à rebus & actionibus*, sed iisdem involveretur, exemplo obligationis; (cujus subjectum persona, *arg. de oblig.*) malè hoc nomine à Vulteio loco motæ libro Inst. III. & in primum rejectæ. Simplex itaque & verior sententia est, vel *in l. 1. h. & §. de I. N. G. & C.* contineri duo media juris; cognoscitur enim jus in personis & rebus, per actiones verò obtinetur: vel personas, res & actiones esse summa juris capita seu partes, in quas objectum juris facilè resolvatur. Non quidem, quia juxta illud Donati *Adelphis* 11. 14. omne quod geritur aut in rebus est, aut in personis, aut in attributis eorum, quo utitur Grot. *h. inst. spars.* sed 1. quod leges oporteat esse de civilibus, negotiis illis, quæ ἐπὶ τὸ πλεῖστον fiunt: ut plurimum autem sunt ea negotia de personis, rebus vel actionibus: quod 2. jus quis habeat vel ex conditione suæ personæ; vel ratione rerum externarum: de utrisque autem judicium esse possit. 3. Patet idem ex aliarum gentium juribus quibuscunque. Vide Grot. *de I. p. & b. c. 5. l. 2. n. 1.* qui & de jure naturali agens, *non in res tantùm*, ait, *sed & in personas jus quoddam acquiritur.*

Omne in universum jus est de person. reb. & actionibus

Status hominis ambig. dic.

Status hominis.) Vox Status JCtis accipitur ferè dupliciter. Primò pro firma & perfecta ætate, Græcis ἀκμή, 25 annorum *l. 13. de probat l. pen. C. quand. d. leg.* Secundò pro conditione seu qualitate aliqua. Hoc modo sumitur. I. *latè & generaliter.* Sic dicitur status Resp. *§. f. de I. & I.* dignitatis, *l. 5. §. 1. de extr. cogn.* obligationis status, i.e. conditio & natura *l. 9. §. 1. de duob. reis, l. 108. de V. O. l. 124. eod.* status publicus & privatus. II. Refertur ad hominem, & accipitur iterum tripliciter. I. *generaliter* denotat hominis conditionem quamcunque, v. e. naturalem, quam quis à natura habet 1. *posit.* 10. utpote quæ ratione sexus est, maris & fœminæ, *l. 9. l. 10. h.* nati, vel in utero existentis, *l. 7. l. 26. 12. 14. 15. 1. eod.* legitimi & naturalis, vulgo quæsiti &c. *l. 19. l. 23. l. 24. h. t.* II. Strictius & specialiter refertur ad *statum hominum civilem,* seu politicum, qui in societate civili viventibus perspicuam *juris diversitatem* inducit, s. secundum quam jus diversimodè jus redditur. Hic autem à jure est seu lege. Sic status & dignitas opponuntur, *l. 20. h. t. §. 5. de cap. min.* Et hic status in specie vocatur status hominum vel personarum, *l. 2. h. t.* Aliàs caput, *arg. pr. de cap. min. l. 1. pr. eod.* Vita civilis. *Herm. Vult. 1. disep. scholast. 12. pr.* Definitur ab A. h. *conditio in qua quis q. nascitur & ab origine q. stat.* Clarius & rectius conditio civilis personarum secundum quam cuique jus redditur. Ea Lege enim cujusque hominis (ut ipsi jus reddendum est in civitate) hæc conditio est, quod tale ipsi tribuendum vel non, quat. ex libertate naturali illi competit, vel minus, aut quat. civis est aut peregrinus, in familia vel extra familiam. Totuplex enim conditio est hominum in Republ. ratione juris ipsis reddendi, quat. de iis hic agitur. Sicque & cives illi qui haud nascuntur sed fiunt, adoptati item, manumissi, allecti & similes non nati, in statu existunt & huc referri possunt, qui alioquin sec. definitionem A. forent exclusi. Atque hunc status etiam triplex est, quia tria sunt quæ habemus, inquit, Paulus *in l. ult. de cap. min.* Libertas, Civitas & Familiæ; unde & triplex capitis diminutio sive status mutatio, *d. pr. l. eod. t.* Certissima itaque status nota est, quod sit de libertate, civitate ac familia, *d. l. 1. & f. junct. pr. I. de jur. pers.* cui addenda & altera à posteriori, quod ex eo descendant actiones præjudiciales, *§. 13. de action.* Porrò ab hoc statu descendit jus personarum quod juri rerum opponitur, *pr. 1. de rer. div.* & est *facultas seu potestas tributa homini ex conditione sua persona, arg. s. de jur. pers. Donell. 2. Comm. jur. civ. 9.* vel est *jus quod ad statum hominis vel persona civilem pertinet.* Differt hoc à statu, quia hic est ipsa personæ conditio qualitas & causa efficiens ut homo hoc vel illo jure utatur; jus personarum effectus. Distat à jure ad rem seu personali, quod hoc adstringat personam extrinsecus ad dandum quid vel faciendum *l. 3. de O. & A.* & operetur actiones personales; illud afficiat personam intrinsecus ratione conditionis civilis, producatque actiones præjudiciales, *d. §. 13. de action. Add. differt. nostr. de jur. rer. concl. 10. num. 4.* Ceterùm jus personarum etiam in jure nat. fundamentum habere facilè inde patet, quod sit vel ex *generatione,* ut potestas patria, vel *consociatione,* ut jus maritale, vel *subjectione,* aut voluntaria, ut jus in civibus, subditis, aut ex bello, ut servitus &c. III. Strictissimè status accipitur pro parte status. Ut pro libertate, *l. 41. de reb. cred. l. 15. de prob. l. 15. qui test. fac. poss. l. 24. de capt. & postl. rev. §. 12. de excus. tut.* à quo malè dissentit Bachov. *ad Tr. h. th. 2. lit. A.* libertatem dici statum impropriè putans. Reclamant enim *l. f. de cap. min.* & textus modò citati. Ita & aliquando accipitur pro civitate, nonnunquam familia, *§. 3. & 4. de cap. min. l. qui in provincia. §. in libro de rit. nupt.* ubi status liberorum denotat eorum familiam, *ut rectè Bach. d. l.* Non verò accipitur status pro servitute, 1. quia servi statum, jus vel caput, non habent, *§. 4. de cap. min. l. 3. eod.* 2. quia statum accipiunt demum ubi manumittuntur, *l. 4. eod.* non obstante *l. 11. C. de liber. caus.* ubi servitus vocatur status impropriè, s. pro quacunque qualitate in secunda nostra status significatione. Quomodo servus habet statum servilem, *d. l. 11. l. 4. de I. & I. l. 3. C. solut. matr. l. 86. §. 2. de leg. 1.* & Status vel Respublica aberrans, vitiosa, quoque Resp. dicitur, 3. *pol. 1. & 17.* Juxta hæc itaque patet, s. quod status h. t. accipiatur in media significatione, quæ licet stricta, in jure Rom. tamen propriæ habetur. Secundum quam etiam agitur de jure personarum Inst. in Digestis quoque ita agendum esse pro certo habent JCti *in l. 2. & 3. h. t.* II. Hinc detegitur error eorum qui aliâ quàm Justiniani methodo usuri, statim à janua labuntur, in personis non modò statum io stricto significatu sed & circumstantias earum concomitantes, nativitatem, ætatem, valetudinem, potestatem & sic deinceps, qualia Rhetores attributa personæ vocant, considerantes, quod familiare Vulteio *jurisp. Rom. c. 9. 10. 11. & seqq.* facitque A. hîc. Videsis Giphan. *in œcon. Inst. num. 5. & 6.* ubi hanc Duareni & aliorum sententiam solidissimè refellit.

Naturalis.

Status in spec. quid probetur. civilis.

Triplex.

Inde jus personal.

Different. à statu: e jure ad jus.

Fundam. juris pers. in j. nat.

An Status pro servitute accipiatur.

Tantùm de personis hîc agendum quæ sunt in conditione civili s. politico.

N. II. *Personarum esto triplex divisio*) Quia status hic strictè accipitur, & triplex saltem est hæc personarum divisio. I. ratione primi status, libertatis, homines alii sunt liberi, alii servi, & illi vel ingenui vel libertini *l. 3. h. Inst. lib. 1. t. 3. 4. 5.* II. Liberi ex secundo statu, *Civitate,* vel cives sunt vel peregrini *l. 17. h.* Illi fiebant *Origine* (ut qui ex civibus Romanis nati, vel quorum parentes inde nati erant, licet alio domicilium incolatus causa transtulissent, *l. assumptio. §. 1. ad municip.*) *Manumissione* (nam & manumissis libertinus patroni originem sequebatur, *d. l. §. f. l. pen. §. pen. eod.*) *Allectione* (quando advena seu peregrinus publicè donabatur civitate, vel præmii loco, vel ut iidem magistratum gerere aut immunitatem consequi posset; exempla sunt in *l. 1. de censib.*) & *Adoptione, l. cives. C. de incol.* III. Cives ex statu tertio, *Familiâ,* dicuntur vel patresf. vel filiif. liberi, nepotes, & sic deinceps, vel uxores s. matresf. & filiæf. *l. 3. l. 4. 1. seq. l. 95. §. 2. de V. S.* Ceterum & alia familia communis est alia propria, quarum hæc hujus loci. Unde alii in familia, alii extra familiam Conf. *not. 1. seq. n. 2.* Hæcque divisio & diversa est à primo statu, & inter cives ex secundo statu dependentes differentiam facit: quat. familia strictè dicitur de liberis hominibus & civibus Romanis, *arg. l. 31. §. 51. de adil. ed. d. l. 3. de his qui sui l. 196. pr. §. 2. ad V. S. junct. l. f. de cap. min.* Ceterum ex his manifestò patet, quod propriè huc non pertineant. 1. divisiones qua homines sui juris dicuntur esse sub tutela vel cura, vel neutro jure teneri, *pr. de tut.* quas huc vocat Donellus. 2. illæ quæ in hoc tit. intermiscentur, ut quod alii sint mares, alii fœminæ, alii hermophroditi *l. 9. l. 10. h.* alii partus sint liberorum loco, alii non *l. 12. & 14.* alii legitimi & justi, alii ex legitimo matrimonio nati, *l. 11.* vel spurii & vulgò concepti sint, ex meretricio coitu nati 3. quod alii puberes, impuberes, juniores, magistratus, senatores, milites &c. Adeoque bene distinguendum est inter differentias personarum ex Statu civili, & in genere earum de quibus jura legesque unquam possunt constitui. Illæ quæ sint, in principio hujus numeri dictum est. Altero modo personæ maxime vel separatum considerari possunt, vel conjunctim, vel mixtim. Separatè, quat. singuli homines alii ab aliis differunt & quidem tribus modis. I. secundum *bona animi,* à potentiis, passionibus & habitibus deducta. Inde alii boni, alii mali, *l. 1. §. 1. de I. & I.* perfecti & imperfecti, *arg. §. 9. I. de inutil. stip. tit. de minor. t. ad Senat. Vell. §. pen. I. de Attil. tut.*

Divisio homin. ex tripl. statu.

1. 2. 3.

Div. hom. in genere quæ de iis jura legesque unquam possunt constitui.

Ut separatim considerantur: juxta bona animi.

tut.l.ult. C. de testam. l. si relinquere. de legat. tut. l. 32. de mun. l. f. C. in quib. caus. restit. docti & ingeniosi, indocti & tardi (inter quos jura legesque frequenter distinguunt, cum imperitiæ & rusticitati indulgent, d. l. 2. (de in jus voc.) sanæ mentis, diligentes, idonei, acres, celeres, animosi, elati, duri, generosi, alii furiosi, melancholici, prodigi: socordes, imidooei, leves, parvi animi, humilesque & abjecti, quorum sæpe diversissima est ratio cum de præmiis, pœnis, aliisque hujusmodi rebus agitur, arg. l. f. de injur. l. 5. § commod. l. 23. de R. J. nec temere. §. 1. de eo quod met. caus. l. 1. C. de alien. jud. mut. caus. fact. l. 1. §. 23. & l. 18. §. 1. de quaest. N. 82. pr. c. nullus eum & seq. dist. 28. l. 10. de pœn. §. 2. qui testam fac. l. f. § sic autem. de bon. cor. l. cum autem. §. excipitur. & §. malus servus. de adil. edict. l. si quis filio. §. ejus qui de inoff. rupt.

Justa bona corporis. II. Juxta *bona corporis* homines vel sexu differunt, vel ætate, vel valetudine & corporis firmitate. Ex sexu alii mares sunt, alii fœminæ l. 9. 10. h. t. inter quos multæ existunt juris differentiæ, hæ namque ab omnibus civilibus officiis, ubi masculi præstantia attendi potest, remotæ sunt, l. 2. & l. in multis. ubi latè Frider. Pruckman. de R. J. arg. 1. pol. 5. eatundemque, nisi ubi de imbecillitate aut imperitia ejus sexus agitur, ut in intercessionibus l. de sen. Vell. & similibus. l. 8. §. 2. qui satisd. cog. aut periculo, l. 12. C. qui pot. in pign. deterior conditio est, d. l. in multis. qualia novissimè optimo tractatu persecutus est Dn. Bened. Carpzov. de jur. fœm. Ab ætate alii majores dicuntur, alii minores, puberes, impuberes, infantes, infantiæ proximi, pubertati proximi. t. de minor. §. 9. l. de tut. stip. l. 1. de delict. puer l. si infantis de usufr. l. si infant. C. de jur. de lib. l. Æmilius. de minor. l. 1. C. quand. tut. vel cur. l. deinde. §. f. de lib. exhib. Gell. l. 1. c. 25. in f. l. 2. pr. de vacat. mun. Ratione valetudinis alii sani sunt, alii ægri, (surdi, muti, cæci) ætatis nimis teneræ vel profectæ, qui sontico morbo laborant, quorum diversa ratio existit in excusationibus tutorum & curatorum, restitutionibus in integrum, tortura, & aliis. §. 4. de curat. l. 60. de re judic. l. 4. §. 3. de adil. ed. l. 11. C. de jur. & f. ign l. 9. pr. circa. f. ff. eod. l. 8. §. 2. qui satisd. cog. l. 7. l. 8. & seqq. de minor. l. si maritus. § lex ad L. Corn. de adult. l. 1. C. 1 rovatibus. 1. 12 2. de lib.

Secund. bona externa. l. 1. III. secundum *externa bona* homines vel divites ac beati existunt, l. 3. in f. C. de commerc. & mercat. Alciat. in l. bonorum de V. S. juxta Varron. l. 4. ling. Lat. l. 3. de testib. vel pauperes & miserabiles, ut pupilli, egeni, viduæ, advenæ, quorum magnam ubique leges & Imperatores habent rationem, l. 1. C. quand. Imp. inter pupil. vel vid. vel al. miser. ab. perf. cogn. & ne exhib. l. qui accusationem. de accusat. l. beneficiis depos. l. malum. de V. S. Bald. in l. fin. C. de plag. l. pupillos § advena. de verb. sign. ubi Henning Wegner. n. 3. d. l. 3. de testib. l. 8. eod. Eodem referimus potentes. t. C. ne liceat potentioribus. nobiles, l. mortis causa 31. de mort. caus. donat. l. 3. §. 43. de O. L. liberos, ff. pr. & §. 1. de jur. pers. ignobiles, l. 13. de rit. nupt. plebeios & sic deinceps. Referimus eò & magistratus cum imperio, & privatos. ob bonum honoris quod habent vel non, l. 4. 5. 6. & l. 1. de senat. l. 5. §. 1. de extr. cogn. l. 2. C. de dignitat. Atque ita separatim personæ considerantur, quamvis & alias addi posse considerationes haut negem. Conjunctim

Ut conjunctim considerantur. verò illud fit, cum de toto aliquo populo vel alia universitate, corpore, collegio, societate agitur, tit. quod cujusque univers. t. de coll. & corp. t. de administrat. rer. ad civit. pert. t. C. de jur. Reip. Namque secundùm politica principia, aliter cum multitudine, aliter cum singulis agitur, unde si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent, l. 7. §. 1. quod cujusque univers. Ducuntur que hinc quæ de jure Reip. corporibus illicitis, syndicis servis & libertis civitatum, privilegiis aliisque rebus urbium passim in jure civili tractantur. Denique mixta personarum

Ut mixtum. consideratio est, quæ fit per relationem unius ad alium, ut mariti ad uxorem. tit. de nupt. & rit. nupt. patris ad filium, t. de his qui sui sunt vel al. jur. & viceversa, l. 9. de testib. fratris ad sororem, l. 6. C. eod. domestici ad alios in eadem domo, l. 3. d. t. cognati ad cognatum, §. 1. & seq. de nupt. civis ad civem l. urbis ubi Alc. de V. S. l. in orbe h. t. alieni (extranei) ad non alienum, §. posthumo quoque de legat. l. un. § accedit C. de rei ux. act. l. 12. & seqq. sol. matrim. tit. ad L. Corn. de sic. mult. l. s. ad L. Pomp. de parric. amici ad amicum, d. l. 3. de testib. l. interr. C. de neg. gest. domini ad servum, t. de his qui sui sunt vel al. jur. magistri ad discipulum, l. 5. § f. ad L. Aquil. & sic porrò de aliis. In qua equidem re magna sæpe vis inest; eodemque pertinet quod de satisdanonibus statutum, pro qualitate personæ, vel nudæ promissioni quem committi, vel ad jusjurandum teneri, vel ad plenam cautionem, t. t. de satisd. Nec non quod cum ea quæ uxor fuit, non furti sed rerum amotarum agatur, l. de rer. amot. quodque patrem vel patronum aliosque nisi permissu Prætoris, in jus vocare non liceat, l. 2. & seqq. de in jus voc. cum aliis infinitis.

Androgyni. N. III. *Hermaphroditus*, Græci Ἀνδρόγυνον vocant, cujusmodi in rerum natura nunquam extitisse malè asserit Clem. Alexandrin. in Pædagog. l. 2. c. 10. sub pr. Vide de his Aristot. 4. de generat. anim. 4. Plin. 7. nat. hist. 3. JCtis de iis mentio fit in l. 10. h. t. l. 6. §. f. de lib. & posthum. hered. instit. l. 15. de testib. quatenus quæritur an mari an fœminæ comparandi sint, quoad aliquos juris effectus. Et l. 10. h. distinctionem suppeditat, ut pro mare habendus sit Androgynus, si in virili sexu prævaleat; pro fœmina, si in fœminino. Veruntamen Gl. verb. ad testimonium in c. si testes omnes 4. q. 2. alterius adhuc meminit, qui cum dubii esset sexus & in utroque potentis, virilem elegit. Inde pro pleniori intellectu d. l. 10. dici potest, hermophroditorum triplicem imprimis esse differentiam. 1. perfectè masculi 2. perfectæ fœminæ. 3. utroque sexu valentis. Primus itaque solum, & tertius, ubi sexum virilem elegit, inter viros connumerabitur, & ad res atque officia viris tantùm concessa admittendus erit, utpote ad posthumum hæredem instituendum, l. 6. § f. de lib. & posth. hered. ad testimonium in testamento, d. l. 15. de testib. successionem in feudis, arg. 2. f. 1. ad officium judicia, advocati &c. arg. l. 1. §. 6. de postul. Conf. Gl. in l. 10. h. & l. 15. de testib. Bald. in d. l. 10. h. & lib. 3. cons. 237. per tot.

Concil. l. 14. h. & l. 135. de V. S. l. 135. de V. S.) Q. an *monstra pro liberis habeantur?* Negat l. 14. h. affirmat verò d. l. 135. quas A. ita conciliat, ut matri etiam monstra prosint ad consequendum jus trium liberorum, ex l. 2. de SC. Tert. aliàs non item d. l. 14. Verum in d. l. 135. planè nihil est, quod ad jus trium liberorum consequendum referri queat. Ideoque rectius distinguitur; mulier vel agit de evitanda pœna orbitati olim præstituta: & tum illi partus semper proderat, etiam monstrosus & portentosus; quod parentibus nil imputari possit, qui qualitet potuerunt, statuns (sc. L. Papiæ quæ orbos fere ssime mulctabat eorum quæ in testamentis relinquebantur. Vid. Cujac. 4. sent. Paul. 9.) obtemperaverunt; neque id quod fataliter accessit, matri damnum injungere debeat, d. l. 135. quæ L. Papiæ rigorem temperat, ut patet ex inscriptione.) Vel agit mulier de præmio & successione liberorum, ut si ingenua libertinave propter jus trium vel quatuor liberorum (quos inter monstrum esset) vellet succedere, arg. §. 2. de Senat. Tert. l. 2. ff. eod. tum namque monstrum non potest l. 14. h. t. nec enim tempore Pauli, cujus est l. ista, matri aliter patebat aditus ad legitimam filiorum hæreditatem. Add. Gl. in. C. de pæn. orbit. & colib. in f. Goddæ ad d. l. 135. de V. S. Alphons. à Caranz. de part. c. 17. Aliud

 est

est dicendum in illis, in quibus aliquid superest, vel deest, præter naturam, *arg. 2. phys.* 84. *de gener. anim.* 5. & 4. nam inter liberos sunt numerandi, *l.* 10. 2. *de ædil. edict.* Quis prior, quis posterior partu editus dicatur, docet *l.* 15. & *l.* 16. *h. t. adde* de casu dubio *Caranz. d. tr. c.* 14. & *c.* 6. *l.* 12. *s.* 1. *n.* 1.

Qui in utero, ut pro natis habeantur

Pro natis habentur) Etsi enim fœtus in utero animatus (modò ad monstrum non declinet, *arg. l.* 3. *C. de posth. hæred.* verè sit homo, *arg. l.* 39. *de pœn. c. consuluisti q.* 5. *c. quod verò c. Moyses* 32. *q.* 2. Non tamen est homo jam editus & separatim à persona matris existens *l.* 9. §. 1. *ad L. Falc. l.* 14. *C. de fide c. libert. l.* 1. §. 1. *de ventr. insp.* aut in rebus humanis *l.* 10. §. 1. *de vulg. & pup. subst.* sed saltem quodammodo, *d. l.* 14. Vid. Mæstert. *de l. leg. Rom. l.* 1. *d.* 25. Quod ideoque nunnatus homo pro homine nato habeatur jure Romano, id verum non est naturaliter, sed ex principiis civilibus, & quidem per aliquam fictionem juris *positivam*, quà illi qui revera adhuc in utero sunt, extra eum & pro jam natis à lege habentur. Textus sunt *in l.* 7. & 26. *h. t.* 231. *de V. S. l.* 30. §. 1. *de acq. hæred. l.* 2. §. *qui autem de excus. tut.* Inducta est hæc fictio, ut alia multa apud Rom. *privilegio liberorum procreationis*; tum favore partus, propter spem nascendi, *l.* 1. *pr. de vent. in poss. mitt.* tum ex princip. politicis favore Reip. cui partus nascitur, *d. l.* 1. §. & *generaliter.* Obtinet autem, ut rectè Autor h. si de eorum *commodis* agatur; quod intellige de omnibus dispositionibus sive legis sive hominis, quarum effectus differri potest in tempus nativitatis, ut quoad legitimas hæreditates, jus postliminii, matris conditionem, *arg. l. nec filium C. de patr. potest. junct. l.* 26. *h.* Adde *l.* 7. *l.* 11. *l.* 18. *h. t.* ubi mulier *ultimo supplicio damnata* servatur indemnis, dum partum edit. Quod favore partionis fieri clarum est, atque notat Bart. *ibid.* & ab Ægyptus qui talem legem habuere teste Diod. Sic. *lib.* 2. *c.* 3. ad Græcos, de quib. Plutarchus *lib. de serarum vindictis* ad Romanos promanavit, juxta Clem. Alexandr. 2. *strom.* idem verò & *ad quæstionem* rectè extenditur, quam de muliere, quamdiu prægnans est, non habendam, & ita observari, asserit Ulp. *in l.* 3. *de pœn.* ne sc. in lucem prodituri hominis spes extinguatur.

Ubi de eorum commodis agitur.

An mulier prægnans relegandam.

An autem idem obtineat in muliere *relegenda* dubium videtur, propter verba *fin. d. l.* 18. *h.* quæ servandi partus non meminerunt. Distinguimus, an ventri ex exilio periculum immineat, v. c. si confinia, ultra quæ releganda, multùm distent à loco habitationis, vel iter asperum ad hoc sit subeundum, aut prope sit tempus pariendi: an verò cesset ejusmodi periculum. Illo casu, ut differatur executio post partum, humanius est: hoc casu statim locum habet. Bald. in *l.* 18. *h.* & Petr. Caball. *resol. crim. cent.* 1. *cas.* 79. *n.* 5. Contra cessat regula *l.* 7. & 26. *h.* in iis quæ differri non possunt in tempus nascendi, ut est ipsa directa libertas quæ in utero existenti dari non potest; quod fictionem futuræ nativitatis non admittat, *arg. l.* 24. §. *si quis. de fideicom. libert. l. cum inter C. eod.* Idem est in casibus, quibus cura & existentia liberorum patri prodest ad excusationem tutelæ *l.* 2. §. *qui autem. de excus. tut. pr. l. eod.* vel aliorum munerum civilium *l.* 3. *l.* 5. *f. C. de his qui num. lib. l.* 2. §. *qui autem de excus. tut.* quoad consequendam successionem ex jure trium liberorum, Paul. 4. *sent.* 9. quoad denominationem pupilli, *l.* 161. *de V. S.* in causa aditionis hæreditatis regulariter, *l.* 32. *l.* 62. *de hæred. instit.*

Partus humani diversa conditio.

Postquam nati sc. sunt.) Hæc enim conditio tacitè hic inest. Cæterùm pertinent isthæc ad nativitatem seu *partum* hominis, quo de & JCtis occurrunt multa, etiam in *l.* 12. *h. t.* summoperè notanda propter illius legitimationem, aliosque juris effectus. Partus autem alius *naturalis* est & *legitimus*, alius *non naturalis & illegitimus.* Ille JCtis dicitur, qui perfectus (maturus, justo tempore editus) vivus totus prodiens, ad nullum monstrum declinans *l.* 12. §. 1. *de lib. & posth. hæred. junct. l.* 3. *C. de posth. hæred. instit.* Qualis in dubio præsumitur. *Vide Jacob. Menoch.* 6. *præs.* 52. *n.* 24. *Joseph. Masc. de prob.* 2. *concl.* 1146. *n.* 1. Unde qui asserit partum vitalem non esse, id probare tenetur. Ad quem & ille refertur, qui ex actus mortuæ matris ventre est editus *l.* 141. *de V. S. l.* 1. §. *sed si matris, ad Sen. Tertyll. l.* 1. §. *si qua prægnans. unde cogn. d. l. quod dicitur. l.* 2. *de mort. infer. Bald.* 1. *cons.* 128. & 5. *cons.* 113. non obstante eo, quod qui est exectus mortuæ, præcisè loquendo, dici nequeat natus, nec mulier tum peperisse *l.* 132. §. 2. *de verb. signif.* Nihilominus tamen *genitus* dici poterit, & naturalis, ob maturitatem seu perfectionem, aut si non genitus, utique tamen *cæso filius* dicetur, *cæsus* vel *censo. Jung. Gædd. ad d.* §. 2. *n.* 2. *in f.*

Alius nat. & legitimus.

Talis est à septimo mense ad decimum.

Habentur verò pro naturalibus, editi *a septimo mense usque ad decimum*, circa *hujus finem & illius initium*, quemadmodum ex observatione & à posteriori, longis retro seculis collectum; quæ itaque cum magna ex parte fiant, censenda sunt secundùm naturam fieri, *juxta Aristot.* 1. *de gen. anim.* 1. *sub f.* & 3. *de part. an.* 2. Nam ante septimum mensem neque masculus neque fœmina secundùm naturam nasci potest. *Id.* 7. *hist. anim.* 4.

Septimestris.

De *Septimestri* partu olim maxima controversia fuit, quam primus ausus est terminare Hippocrates, *libr. de septim. partu.* variis locis constanter docens eum esse legitimum; Cujus autoritati, licet idem sentiat Plato 5. *de Rep.* Aristot. 7. *de hist. anim.* 4. potius innituntur Paul. & Ulp. *in d. l.* 12. *h. l.* 3. §. *f. de suis & leg. hær.* quod primus fuerit septimestris partionis observator. *Add. Franc. Linglois ad* 50. *dec.* 10. *q.* 1. *n.* 2. Ratio præcipua censetur, quod septimo mensi tribuatur prima partus perfectio, in quam & similes pluribus inquirit Clariss. Arnisæus *de part. hum. leg. term. disp.* 2. *th.* 32. & *seqq.* & Carol. Annibal. Fabrot. *exerc. de temp. hum. part. p. m.* 13. & *seqq.* Duo autem hujus partus vulgò censentur limites, alter brevior 182. dierum cum dimidio, *d. l.* 3. §. *f.* alter longior, dierum 210. qui integros septem menses constituunt, de quo intelligenda *l.* 12. *h. Andr. Tiraquell. ad l. si unquam verb. susceperit liberos n.* 210. *C. de revoc. don.* Quod verum de communiter hic intellectis mensibus solaribus, ita ut 182. dies cum 15. horis sex mensibus integris constent, duobusque diebus cum parte alterius, & inde 181. dies septimum mensem attingant, ut agnovisse videtur Accurs. *in l.* 12. *h.* singulis enim mensibus tribuuntur 30. dies, latiùs id docente Andrea Rauchb. *p.* 2. *q.* 24. Ex quo fit, ut legitimus habeatur partus, qui 182. die prodit; quia continet 6. menses, residui enim dies referuntur ad septimũ mensem. Quod si tamen mensis & pro lunari, periodico vel peragrationis accipiatur, qui 29. diebus & 12. horis constat, non longè diversum erit; Jacob. Menoch. 2. *arb. jud. q. cent.* 1. *cas.* 50. *n.* 19. & *cas.* 89 *n.* 35. Dicitur autem *perfectus* partus septimestris in seipso ac propriæ naturæ respectu: imperfectus verò respectu aliorum perfectiorum, nonimestris & decimestris, juxta Aristot. 4. *de gen. anim.* 6. sic intelligendum, & ratione teneræ, præcocis & recentis efformationis *imbecillior*, quod optimè exponit Idem *lib.* 7. *de anim. hist.* 4. Atque hæc constans est Medicorum & Philosophorum, quotquot in hunc penè diem extitêre, sententia. Dn. Arnisæ. *d. disp.* 2. *th.* 26. & *seqq.* Fabrot. *d. exerc. p.* 11. & *seqq.* à quibus cum paucissimis dissentit Paulus Zachias *quæst. Medic. legal. l.* 2. *q.* 2. *n.* 7.

Quom. hoc justũ JCtis.

Dependere autem hæc ex principiis justi non intrinsecis, sed externis & assumptis Physicorum & Medicorum, sicque eadem certa esse JCtis, propria illa per applicatio-

plicationem facientibus, satis ex *d. l.* 12. *h.* perspicuum est. Juxta quam ergo, plurimis gentibus receptissimam sententiam & quotidie pronunciatur à Germaniæ JCtis passim. Videatur de hoc Dn. Bened. Carpz. *pr. for. c.* 27. *defin.* 14. & novissimè Dn. Christoph. Philipp. Richter 2. *dec.* 89. qui præjudiciis adductis ostendit, partum septimestrem etiam pro legitimo haberi, ubi natus est à matre quæ ad secunda vota transiit *n.* 3. *& seqq.* Consimiliter Fac. nostra Juridica d. 27. April. anno 1633. ita respondit: Hat sich N. N. am 22. Sontag nach Trinit. 1631. seine Haußfraw offentlich trawen lassen/ und dieselbige den 25. Maij hernacher/ (welcher ist der 202. Tag/ nach beschehener ehelichen copulation gewesen/ und von der Hochzeit anzurechnen in dem siebenden Monat/ der Mütterlichen Bürden natürlichen lauff nach/ eingefallen) ein Töchterlein an diese Welt geboren: so kan solches Kind als wann es auß zu frühezeitigen Beyschlaffen erzeuget/ nicht geachtet/ noch daher den Eltern einige Straffe bestendig angemuhtet werden. Und ob sie schon auff beschehenes starckes zusetzen der Obrigkeit/ sich gegen dieselbe/ auß zwang/ oder auch unwissend/ was sich mit der Geburt gegen den gemeinen Lauff in gesatzter zeit rechtmessiger Weise begeben kan/ zu verhoffentlicher erlangung Ruhe und Friede/ auß einem Irrthumb worzu erpotten und anheisig gemacht/ so kan jedoch solches sie/ bey sothaner beschaffenheit nirgends zu verbinden/ vielweniger mag dem Vatter/ daß er seine Haußfrawen für priestlicher Copulation fleischlich nicht erkandt/ einig juramentum purgationis bestendig aufferlegt: noch ihme von seinen Gildebrüdern zu frühezeitigen Beyschlaffens halber/ und als wann er das Kind darauß erzeuget/ einig Streit mit fueg erreget werden. Et eod. ferè modo versus Osterwicum d. 15. Jun. 1645. De *Octimestri* partu nonnulli dubitant num vitalis sit & perfectus. Verùm quamvis haud frequens sit, est tamen propinquior mensi nono & decimo, quidni sit & perfectiur sui natura, propter temporis diuturnitatem? Cum etiam majus robur habeat & solidiora membra magisque formata, calorem etiam vegetiorem; ex accidenti autem est quod exinde cum morbo magis colluctetur quàm septimestris qui tenerior & debilior. Dissent. Caranz. *de part. c.* 11. *n.* 6. *& seqq.* Sed rationes ejus nugas Astronomicas vocat Gotofr. *ad l.* 3. *in f. de su. & leg. her.* Imperator legitimo partui duo extrema assignat tempora, septimum & decimum mensem, *h. l.* 12. *l.* 3. *§. f. N.* 39. *c.* 2. qui ergo excluserit menses intermedios? *l.* 29. *pr. de lib. & posth. de* 22. *l. f. C. de posth. her. inst.* Et quis in operibus naturæ tales admitteret variationes, ut perfecto in se operi (ut septimestri partioni) & in posterum perfectiori (veluti nono mense) futuro inter primam & secundam perfectionem, à natura innatam, obveniat talis ac tanta imperfectio qualis in octimestribus vulgò adstruitur? adi Frider. Bonaventuram. *l.* 10. *de octim. part. c.* 35. *& seqq.* D. Adamum Riccium *in fiscelm. juris ex pracep. libr.* 1. *Pand. titulis ad l.* 12. *h. t.* Vide Aristot. 7. *de hist. anim.* 4. *Gell.* 3. 16. *Plin.* 5. *hist. nat.* 5. Arnisæ. *de part. hum. legit. term. disp.* 3. *th.* 11. & Paul. Zacch. 1. *quæst. Medic.* 4. *n.* 6. 7. 8. 56. *& seqq.* Bach. *ad Tr. h. tit. lit. C.* qui se correxit in additionibus. D. Carpzov. *dict. c.* 27. *def.* 14. Ideoque pro legitimatione ejusmodi partus respondere non dubitavit Coll. Jurid. Helmstadiense anno 1601. H. B. Northemium. Hat N. N. in der 34. Wochen nach gehaltener Hochzeit einen jungen Sohn gebohren: so ist solche Geburt im Recht zulässig und partus justus & legitimus, ungeachtet was de octavo mense nach außrechnung der Gelährten in diesem Fall vor unerheblich möchte angezogen werden. Et anno 1609. d. 29. Jan. Osterodam, de partu post 32. septimanas edito: So ist dieser ewer Sohn vor Recht ehelich und Gilden würdig zu achten/ und hat so wol derselb als seine Mutter ewer Haußfraw/ wie auch andere ewre beide Kinder/ der Schustergilde daselbst billig zu geniessen. It. eod. anno d. 11. Aug. ad H. P. de partu nato post septimanas 33. à die nuptiarum. *Nonimestrem & decimestrem* naturales esse constans Physicis & Medicis sententia est. Quod intelligendum de nato quocunque tempore illorum mensium, sub initium puta, medium aut finem. *Adde* 2. *Maccab.* 7. 2. Quamvis omnium partionum perfectior sit & frequentior decimestris, *Arist.* 7. *hist. anim.* 4. *Gell.* 3. 16. Uterque itaque de JCtis in legitimorum numero constituitur, Bart. in *l. Gallus. pr. de lib. & posth. hæred. n.* 12. *l.* 3. *§. post decem de su. & legit. hæred.* Paul. 4. *sent.* 9. *§. septimo mens. l.* 29. *de lib. & post. hær. l. f. de fideic. libert. l. ult. C. de posth. hæred. inst.* Quibus convenienter de partu nonimestri responderunt quoque Dn. Antecessores Facult. Jurid. ad C. W. Göttingam d. 12. Jul. anno 1614. Ist M. W. in der 38. Wochen nach ihrer mit H. B. gehaltener Hochzeit mit einer jungen Tochter niederkommen: so ist diese Geburt/ nach verordnung der Rechte nicht zu frühe/ sondern rechtmessig gewesen/ auch das geborne Kindlein ehelich zu halten; daß dann/ vor erkündigung solcher Sachen/ vorgedachte Gildemeister und Sechsmänner sie M. W. hierumb beschimpffet/ und von ihrer Gilden ehrlichen Zusammenkunfft abgehalten/ daran ist ihr zu viel geschehen/ und seind sie schüldig dieselbige in vorigen Stand zu setzen/ auch ihr die dießfals auffgewandte Kosten zu erstatten. *Confer tamen Henric. Salmuth. in not. ad Pancroll. lib.* 2. *t.* 10. *p. m.* 202. *& seqq.* Ut meritò rejiciendus sit Antonius Faber asserens *in Cod. sup. l.* 5. *t.* 7. *d.* 7. *in addit.* præsumendum non esse parientem in decimo mense à morte mariti ex defuncto concepisse; quo nihil dici potuit textibus prædictis alienius. Undecimestris post mariti mortem editus naturalis & legitimus est, si modò undecimum mensem attingat, vel in principio ejus natus sit, primo vel secundo die. Plin. 9. *nat. hist.* 5. Aristot. 7. *de hist. an.* 4. Gell. 3. 16. qui de hoc decretum habet Imp. Hadriani. *Arnisæ disp. de part.* 3. *th.* 36 *& seqq.* Ubi tamen mensis computari debet non à tempore mortis mariti sed conceptionis, de quo Andr. Rauchb. *p.* 2. *q.* 24. *n.* 5. *& seqq.* Bened. Carpz. *d. c.* 27. *def.* 15. Quamvis jure XII. tabb *l.* 3. *§.* 11. *de su. & leg. hæred. l. f. de fideic. lib. l.* 29. *de lib. & posth. hæred. l. ult. C. de posth. her.* post 10. menses à die mortis natus ad legitimam hæreditatem non admittebatur. Quod autem *in Nov.* 39. pro manifesto & indubitato habet Justinianus, eam quæ undecimo mense parit, non parere ex marito, id vel, cum Cujac. *ibid.* restringendum est, si sub finem 11. mensis pariat, vel, cum Arumæo *p.* 2. *dec.* 14. *n.* 81. ad jus ordinarium; propter decretum Hadriani apud Gell. *d. loc.* alias diversum. Quomodo etiam in praxi obtinet, & pro vidua quæ alias honestæ & non ambiguæ famæ, Witebergæ ita judicatum refert Joach. à Beust. *de matrim. c.* 36. *p.* 1. Add. Carpz. *d. l.* Atque hi partus pro naturalibus habentur, atque omnes jure civili liberis naturalibus & legitimis communes effectus participant. Contra pro *non naturalibus & illegitimis*, indubitatò JCtis sunt (1) qui 1. 3. 4. 5. 6. item qui 12. 13. & 14. mensibus prodeunt, per *suprad. l.* 3. *§. post decem. de su. & leg. hæred. & simil. Esdra. lib.* 4. *c.* 2. unde nihil est, quod pro excusando partu 14. mensium afferunt Gothofr. *ad d. N.* 39. *c.* 2. & Henric. Salmuth. *ad Guid. Panciroll. rer. m.* 2. *t.* 10. Malè etiam pro trimestri & quadrimestri pugnat Jacob. Concennat. 2. *sing. q.* 4. *n.* 4. (2) abortivi, impestivo tempore editi, vel quicunque mortui nascuntur

l. 129.

Octimestris.

Nonimestris & decimestris.

Undecimestris.

Alius non natur. & illegitimus.

l.129. de V.S. (3) monstrosi vel prodigiosi l.14. h. l.3. C. de posth. hered. inst. l.135. de V.S. Gerhard. de Maynard. 5. dec. Tholos. 77. & Hier. Bruckner. ibid. in add. Confer hæc plurib. explicantes Paulum Zachiam tit. 1. quæst. Medico legal. 2. usque ad 7. Fabrot. d. exert. de temp. part. humani. Arumæ in d. dec. 14. Arnisæum dict. disp. de part. human legit. term. latissimè Alphonsum à Caranza tr. de partu Et eundem in schol. ad l.12. h. l.3. C. de posth. hered. l.3. §. post. decem. de su. & leg. hered. & §. fin. Salmuth. d. s. 10. Frider. Bonaventuram l.3. 4. & seqq. de partu. D. Adam Riccium rationalium ad Instit. juris Justin. cum Prutenico collat. disp. 3. vers. hujus p. 90. 91. & seqq.

Mortuus editus pro partu non est.

Cæterum pro illustrando eo quod de abortivis & qui mortui eduntur diximus, meretur notari casus qui inter mercatores præteritis annis contigit. H. Cajus spondebat aut promittebat certam summam pecuniæ Titio, si hujus uxor adhuc hæredem pareret, da sie noch einen Erben bekommen würde. Cum mortuus nasceretur, consultum: Collegium nostrum respondit, conditionem defecisse. Verba responsi ita habent; Bey erörterung der andern Frag/ ob die conditio per partum in utero emortui infantis sich begeben/ eräugen sich folgende dubia: Daß erstlich des Titii Haußfraw ein Kind/ ob es gleich Todt/ gebohren. Partus enim nomine venit non modò qui vivus sed & qui mortuus editur, l.4. ubi Gl. & Dd. de extraord. crimin. junct. l.135. verb. factum de verb. sign. Zachias l.4. q. Medico leg. 3. n. 8. ubi citat. Hippocr. & Galenum, voce partus hic quoque utentes: unde & puerpera dicitur in genere quæ recens à partu l.14. §. Puerperam. 2. de æd. lit. edict. Vors ander mag das Unglück/ welches sich bey der Weiber Geburt begiebt/ den Eltern nicht beygemessen werden. Fatalitas parentibus imputari non potest. Hincque conditio pro impleta habenda est, arg. l. juro civili 24. de condit. & demonstr. l. inter l. seq. C. eod. Et inde portentosi, monstrosi & alterius magis animalis quàm hominis partus, imò & mortui editi parentibus prosunt, l. quæ ut aliquis. 135. de verb. signif. Joh. Gædda ad l.129. n. 2. eod. t. Marc. Vertranius de jure liberor. l. sing. c. 11. pag. 67. Atque tertiò maximè hoc verum est, ubi de parentum commodis agitur: unde mortui prosunt quoad liberationem ab operis futuris, l.37. §. 11. de oper. libert. & qui in acie amissi, quoad tutelæ & munerum excusationem, l. libello. de excusat. tut. l. fin. de vacat. & excusat. mun. Vertranius d. l. sing. c. 44. per tot. Zum vierten werden unter den Kauffleuten die apices & subtilitates juris nicht attendiret/ arg. l.3. de separat. N.136. c.4. in f. daher casu sponsionis factæ de navi certo die Anconam ex Asia ventura, si rostrata navis venerit, dafür zu halten/ daß die conditio sich begeben habe/ etsi omnis navis non sit rostrata, neque etiam de rostrata sponsio intercesserit, Stracha de mercat. p.4. §. item quæritur Alexander n.1. & seqq. ex sponsione autem, quæ quoad conditionem huic contractui simillima, rectè hîc infertur, arg. c. inter cæteras. 4. de rescript. §. rectè Inst. de mand. Aber dessen ohngeachtet/ ist den rechten und dieses fals umbstenden nach die conditio dennoch nicht erfüllet.

Rationes decidendi.

Primò namque conditionem casualem aut mixtam debita forma & modo existere, necesse est, quemadmodum & voluntaria s. potestativa, & forma specifica adimplenda, l.10. de lib. & posth. hered. l.121. §. pen. de verb. obl. l.77. §. 4. de leg. 2. l.22. pr. sol. matrim. l. 44. pr. l.55. de condit. & demonstr. Quod non modò in ultimis voluntatibus, sed & præcipuè, ac multò magis in contractibus obtinet; tum quia in his conditio, seu pactum adjectum, est pars contractus, ex quo uterque paciscentium obligatur, l.7. §. 5. & seqq. de pact. junct. l. 1. eod. l.1. de const. pecun. l. sicut. C. de obl. & act. tum quia conditio est instar causæ finalis, l. demonstratio. §. quod autem. de condit. & demonstr. l. & l.1. s. C. de donat. quæ sub mod. Joh. Gædda ad l.202. n.2. de verb. sign. Joan. Castillo p.2. controv. l.5. c.19. n.6. cujus itaque existentia expectanda l.2. ibi: finem exspectandum, l.4. de excusat. tutor. in talibus enim ut dubiis exitus acta probat, arg. l.11. in f. C. de his quib. ut indign. l.14. in f. C. de jud. l. si mater 6. ubi Bl. C. ne de stat. def. Alhie aber war nur mit dieser condition contrahiret/ wann unser HErr Gott des N. domahligen Haußfrawen noch einen jungen Erben bescheren würde/ welche also mittels wircklicher gebährung eines jungen Erben müssen erfüllet werden/ anderer gestalt auch per rerum naturam nicht zu adimpliren gewesen. Zum andern daß die conditio nicht adimpliret/ ist daher ohnstreitig zuvernehmen/ weil ein Todeskind naturaliter kein Kind ist/ noch dafür zu halten: qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia neque liberi appellari potuerunt, inquit Paulus in l.129. de verb. sign. Idem dicitur in l.24. h. t. de stat. homin. liberos namque nostros homines esse necessum est, h. e. compaginem ex corpore & anima rationali, quæ verò de extinctis in utero affirmari non potest, l. ostentum. ubi Gædd. de verb. sign. n.11. & seqq. Idem ad d. l.229. n. art. l.35. §. qui abortiones ibi: non licet vel homo. de pæn. Jacob. Cujac. ad Pauli l.4. sent. t.9. §. septimo mense. Alphons. à Caranza de partu c.16. n.14. & c.1. n.21. Zum dritten ist daher auch ein Todeskind kein Erbe/ wohin doch/ ut sc. haberet adhuc natura ex uxore hæredem, der Cajus mit der adjecirten condition gezielet. Partui enim vivo debetur hæreditas, licet statim in manibus obstetricum decesserit, & vox ejus non fuerit audita, modò vita ex aliis signis deprehendatur, l.3. C. de posthum. hered. instit. Matth. Coler. p.2. dec. 258. n. 7. D. Christoph. Philip. Richter de succ. ab intest. sect. 1. membr. 1. n. 9. & seqq. Inde nec rumpit testamentum nisi partus qui vivus vel nascitur, d. l.2. C. de posthum. hered. inst. vel. exhered. l. s. in f. C. de instit. & subst. vel exsecto ventre editus est, l.12. pr. ff. eod. Indeque nec ob partum emortuum fideicommissum sine liberis deficit, arg. l.17. §. si quis autem. ubi Dd. ad Senat. Trebell. Pars. 2. cons. 56. n.8. à Caranza d. tr. c.16. n.17. Neque successioni testamentariæ ergo, si Cajus fortè testatus esset, neque legitimæ hîc locus extitisset, quod conditio defecerit. Non mutat itaque quod primò objectum de voce partus. Nam in opposita l.4. de extr. crimin. juxta Gl. ibid. partus mortuus venit etiam nomine partus sed impropriè; ut in objecta l.135. de verb. sign. Unde Paulus lib. 4. sent. t. de success. intest. abortui opponit fœtum vivum & pleni temporis. Abortus enim est fœtus intempestivè editus, vel mortuus, vel nullo modo vitalis. Quæ mulier itaque mortuum peperit, licet justo tempore, peperisse tamen non dicenda est, sed abortum fecisse aut ejecisse, Zach. l.2. q. Medico leg. 10. n. 15. usque ad fin. Henning. Arnis. de partus humani legitimis terminis disp. 1. th. 19.

Refutatio contrariorum.

Paria namque sunt haut nasci, vel ita editum fuisse partum, ut vivere non possit, l. ult. in f. C. de instit. & substit. junct. arg. c. 2. de transl. Episc. Caranza d. tr. c. 16. in f. Phil. Corn. 3. cons. 276. n. 16. Quod secundo loco de Fato oppositum, verum non est in eo qui in fati conditiones consensit, ut faciunt quicunque sive respondendo sive simili modo de dubiorum casuum eventibus paciscuntur. Sibi ergo imputent, arg. l.78. §. f. de contr. empt. vend. nec conditio hic aliter nisi debito modo implenda venit, sec. 1. decid. rat. hac 2. quæstione liberos autem mortuos quoque parentibus prodesse jure singulari, receptum erat Romæ, tantum in capite L. Papiæ de maritandis ordinibus, in illis qui proli studebant & cœlibatum repudiabant, quoad pœnas cœlibatus & orbitatis vitandas. Gædda ad d. l.135. de verb. signif. n.8. Quod autem tertiò urgebatur de liberis ab operis liberandis, tutela & muneribus, id in iis tantùm locum habet qui jam ante nati fuerant, idque ratione eidem

singulari,

singulari. *Vid. Gotofr. ad l. ult. de vacat. & excusat. mun. lit. P.* Hoc verò ad partum mortuum extendi non potest, quia ex separatis malè infertur *arg. l. 12. §. 1. de acqu. poss. l. 27. §. 2. de aur. & arg. legat. l. 10. C. de probat. l. 10. C. de donat. int. vir. & ux. Regn. Sextin. 1. Marp. cons. 10. n.* 44. Denique ad quartum facilis responsio est. Cessat hîc omnis juris subtilitas, ubi de eo quod naturaliter contingere solet aut non, conventum; unum quodque enim ad suam naturam recedit & sec. eam æstimandum est, *arg. l. 6. pr. de rer. div. l. 27. §. 2. vers. quod in specie. de pact. l. 3. C. de edif. privat.* pactaque conventa à mercatoribus præcipuè servanda sunt, *l. 1. de pact. l. 1. de const. pecun.* Stracha *de mercatur. p. 3. tit. 1. de contractib. mercator. n. 1.* ubi dicit in Curia mercatorum, in qua quæstiones sint de bono & æquo, rejici illam exceptionem quod ex nudo pacto actio non oriatur. Quod verò navis rostrata pro navi vera habenda, inde patet, quod talis quoad substantiam navis sit, *arg. l. malum. de verb. signif.* & latè hoc demonstrat Strach. *d. p. 4. § item quæritur Alexander. a. 6. inf. & seqq.* B. R. W.

Explicatur l. 17. h. t. Chronologia.

Anton. Bassianus Severi filius) Certum est, quod Antoninus Imp. concesserit omnibus in orbe Romano, ingenuis tamen, jus civitatis Romanæ, *sec. l. 17. h. t.* certum quoque, quod postea Justin. plenam libertatem unà cum jure Romanæ civitatis dederit etiam libertinis, *l. 1. C. de Lat. lib. toll. N. 78. c. f.* Verùm non constat quis ille Antoninus fuerit. Justinianus existimat fuisse Pium, à quo & ipse Pii nomen acceperit, *d. c. f.* nimirum qui vixit seculo II. Sed Ulpianus, cujus *l. 17. h. t.* Antoninum (sive Pium sive M. Aurelium) nomine Antonini appellare non solet, sed vel Pium, aut M. Antoninum, vel D. Marcum *l. 3. de auct. & consens. tut. l. ... §. 1. l. d. excus. tut. & cur. & pass.* Antonious ergo in nostra *l. 17.* est Antoninus Caracalla Septimii Severi filius, aliàs Bassianus, ut rectè statuit Autor; quia iste in legibus nostris simpliciter dicitur Antoninus, *ut l. 1. C. de Jude. l. 1. C. de sent. pass. & restit.* & illo imperante scripsit Ulpianus. Verum officere tunc videntur, *l. 1. & l. 8. de censib.* quæ sunt ejusdem JCti, unde patet multas colonias Italiæ esse factas à Severo & Antonino Caracalla: at quando omnes urbis Romani incolæ facti sunt cives Romani, desiit jus Italicum, quo alioquin distinguebantur à civibus Romanis. Respondet ad hoc dubium Sam. Petit. *in l. Attic. p. m. 136.* Antoninum edidisse hanc constitutionem, cujus *l. 17. h.* meminit, antequam Ulpianus protulerit in lucem librum XXII. ad Edictum, ex quo illa *l. 17.* desumpta est, sed postquam scripsit librum primum de Censibus.

Vox servit. ambig.

N. IV. *Servitus autem)* Servitus sumitur 1. pro jure personarum, *h. t.* 2. pro jure rerum. Et tum vel generaliter, vel in specie pro servitute reali *t. t. de servitut.*

Servitus ex bello jur. gent.

Juris gent.) Scil. quoad essentialia quæ ex eodem jure, *§. 2. de j. n. g. & c.* s. quoad introductionem, constitutionem; nam quoad improbationem & informationem, s. modos & qualitates aliquas, quas adjecerunt Rom. juris est civilis, *§. 4. de jur. pers.*

Quom. contra natur.

Contra naturam) Vide Bach. *d. disp. 2. lib. a. verb. contra naturam.* Tunæ. Faber rationem dicit quod libertatem naturalem imminuat, *sec. pr. de libert.* hujus enim est privatio, *l. 4. §. 1. h.* secus ac in captis per vim à latronibus contingit, qui liberi manent, *l. 13. qui test. fac. poss. l. 14. de captiv. & postl. rev.* Consentit Grot. *lib. 3. c. 7. n. 1.* Aliter Arnisæus *lib. 1. de Rep. c. 3. sect. 3. n. 18.* libertas, ait, *h. e. ut accipiunt ICti, facultas illa naturalis qua quis agere potest, & non agere, non est juris positivi sed negativi, aliàs etenim non potuisset tolli per jus gent. Si autem est juris negativi, nihil causa est, cur nonnihil immutari possit. Et sicut non potest redargui distinctio dominiorum quæ jure gent. contra jus naturale est introducta, sic nec servitus.* Nihilominus tamen, quat. per hanc servitutem homo quem poterat quis occidere, sese dedens servatur, *eadem servitus* dicitur rationi naturali consentanea: & hactenus rectè servi à servando, quamvis dissentiat Bach *in not. h. ad verb servitus est ius.*

Dominio alieno) Dominium *in l. 4. hic* vel significat jus in re, quo servus (ut res in commercio existens *l. 2. §. 2. ad l. Aquil.*) acquiritur & noster est, vel dominicam potestatem.

Vox personæ ambig.

Etenim neque personam habent) Personæ vocabulum 1. significat *individuam rationale per se subsistens.* 2. individuum quod jure utitur, *Inst. de jur. pers.* & tunc idem est quod homo, *l. 2. h. 3.* κατ᾽ ἐξοχὴν individuum civile, seu personam habentem caput civile. Primo modo servus est, utpote substantia rationalis, *l. 2. de R. I.* & homo *l. 32. eod.* item significatu secundo, *l. 1. & 2. h. t. pr. de his qui sunt sui vel alien. jur. l. 9. quand. dies leg. vel fid. arg. §. 10. de nupt. l. 11. C. comm. utr. §. 1. de fidejuss.* Acceptione ultima servus persona non est, civilis seu gaudens civili jure, *l. 31. de hered. inst. l. 82. §. f. de leg. 2. pr. l. de stip. serv. l. 39. §. 2. de condit. & demonstr. arg. d. l. 22. de R. I. §. 3. de cap. minut. junct. l. 3. ff. eod.* Neque mutat *l. 11. C. de liber. caus.* quà in contrarium movetur Gœhaus. *peric. Acad.* 17. Respondimus ad eam supra, *ad verb status hominis.* quod servitus status dicatur impropriè pro quolibet conditione vel qualitate: *jung. §. 3. & 4. de cap. minut. l. 3. §. 1. eod.* Bach. *ad Tr. h. tit. 1. lit. E.*

Q. an materia de servis hodie utilitatem habeat.

N. V. *Affinis)* Pertinet etiam huc Q. *an hodie materia de servitutibus personarum habeat utilitatem & sit addiscenda?* Quam rectissimè affirmat Joh. Henr. Stamm/ olim Cam. Imp. Assessor, *tr. de servit. person. lib. 1. c. 1. n. 17. & seqq.* (1) quod leges de servis loquentes non rarò ad res alias utiliter extendantur, exemplo *l. 10. de pœn. l. Barbarius 3. de off. Præt. l. 1. §. f. de pœn.* (2) quod in bello Turcico bodie usum obtineat materia servitutum, R. A. de an. 1542. §. Und wie woll nun (3) quod hodie in multis locis homines proprii habeantur, Lazzi, Lassen/eigne Leute/ aliique qui servis sunt similimi. Nonnulli enim terræ quam colunt, ita adhærent, ut nec ipsi nec ipsorum liberi domino invito ab ea unquam discedere possint, fugitivi tanquã servi repetantur, *l. 23. C. de agric. & censit.* atque pro rebus immobilibus habeantur sicut ipsa terra, *N. 7. pr. vers. vult enim.* qua de caussa & absque terra alienari *l. 21. C. de agric. & censit.* & cum liberis hominibus matrimonium inire prohibentur, *l. f. C. eod.* Quin dominus eos, sive per se, sive per Præsidem provinciæ moderatè castigare, vel in vincula conjicere potest, *d. l. f.* & propterea non incurrit pœnam *leg. un. C. de priv. carcer. inhib. arg. l. 1. C. de emend. serv.* Atq; si à magistratu quopiam in civitatem recipiantur, cum omni sobole & peculio restituendi sunt, actione præjudiciali utili, hoc nomine contra magistratum comparata; ceu ante annos aliquot in Facultate nostra Jurid. versus Stralsundam & loca finitima, ac deinceps in simili materia aliquoties responsum memini. Videatur de iis Frideric. Hulac. *de hominib. propriis.* Constitutio item Ducatus Megapolitani *de anno* 1646. *t. 2. §. 1.* & in primis talia accuratissimè, ut omnia, pertractans, Dn. Dav. Mævius Fautor & amicus meus pl. honorandus, singulari tractatu Zustand/ abforderung und verweigerter abfolge der Bawersleute/ (& ad jus Lubec. *l. 1. t. 3. art. 3.*) quatuor capitibus 1. de statu & conditione eorum qui homines proprii, Leibeigene vocantur. 2. de remedio juris quo istos licet persequi & vindicare. 3. de exceptionibus quas illi justè possint opponere & 4. de processu in his observando, quodque in his judicis officium exstat.

TITU-

TITULUS VI. C. 8. 47.

De his, qui sui, vel alieni juris sunt.

1. *De tertia hominum divisione.*

Nunc videamus de tertia hominum divisione, nempe de statu & conditione personarum civili. Caput quisque liber homo jure civili duplex habet, (nam primum juris naturæ & gentium esse diximus,) videlicet Civitatem, quæ amittitur media capitis diminutione, *l. 2. l. 7. de cap. dimin. in princ. Instit. eod.* & Familiam, cujus jura quoque minima capitis minutione imminuuntur, *l. 6. de cap. dimin.* Prius caput ad jus civitatis publicum spectat: de quo jure cum nulla peculiaris tractatio sit in Pandectis instituta, hujus quoque capitis expositio, velut aliena & impertinens, est hic omissa. Posterius caput ad jus privatorum refertur: quod cum omne exponere juris compositores his libris voluerint, *l. 1. § hujus studii suprà, de just. & jur. ubi dixi.* illius quoque capitis declarationem prætermittere non debuerunt.

2. *De Dominica potestate.*

Quod igitur ad statum, caputque familiæ attinet; jure civili liberi homines, alii sui juris censentur, alii verò alieni. Qui sui juris sint, ex his, qui alienæ potestati subjiciuntur, intelligi potest. Ulpia. tit. 4. Sui, inquit, juris sunt familiarum suarum principes, id est, pater, mater familiæ. In aliena autem potestate sunt primò servi: quæ quidem potestas, etsi ex jure gentium in Romanam civitatem venit, tamen jure civili mitior est, quam jure gentium. Nam licèt apud omnes peræquè gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ, necisque potestatem esse: & quodcunque per servum quæritur, domino acquiri: tamen humanitatis intuitu, nimia dominorum asperitas jure civili, & principalibus constitutionibus est coercita, & intra gyrum rationis, moderatique imperii, vinculis legum constricta, *l. 1. & 2. hoc tit. Spar. in vita Hadriani.*

3. *De patria potestate.*

Deinde in potestate nostra sunt liberi, quos ex justis nuptiis procreavimus, *l. 3. 4. 5. hoc tit. Ulp. tit. 5.* aut opinione saltem justis. *Ulp. tit. 7. c. 2. c. perlatum 8. c. pervenit, 11. c. penul. qui fil. sint. leg. l. 1. de divo. 58. de rit. nupt.* Quo in numero etiam recensentur legitimati, aut per subsequens matrimonium, *l. cum quib. 10. C. de nat. lib. c. tanta, c. per venerabilem. Qui fil. sint legi. § si quib. in Auth. quib. mod. nat. eff. sui § quib. 2. Inst. de her. qua ab intest. vid. qua dixi in § fin. Instit. de nupt.* aut per oblationem curiæ civitatum, *§ quib. 1. in verb. Curia civitatum, ubi dixi inst. de hered. qua ab intest. l. communium 9. C. de nat. lib. in Auth. quib. mod. nat.* aut per speciale diploma Principis, *c. 1. § naturales, ubi Dd. de feud. defin. in usib. feud.* quod quidem ad hanc civilem potestatem attinet: *vide Ang. & alios in Auth. quib. mod. nat. eff. sui Bart. & Dd. in l. si is, qui pro emptore, de usucap. Bald. in l. eam, 14. C. de fidei commiss. Ias. in l. cùm acutissimi, 30. C. eod. Alex. consil. 2. visis, vol. 2. Schurff consil. 2. veritas, cent. 1. Tiraqu. de nob. cap. 15. num. 21. 22.* item legitimi facti per adoptionem, *in princ. Instit. de adopt. Ulp. tit. 8.* de quibus paulò pòst dicetur. Porrò illegitimi, spurii & naturales in potestate non sunt: quia cum non ex justis nuptiis procreati sint, pro liberis jure civili (ex quo est patria potestas, *in princ. Inst. de pat. pot.*) non agnoscuntur, *l. Paulus 11. l. vulgo, 23. cum l. seqq. supr. tit. 1.* Est igitur hæc potestas propria civium Romanorum, *l. 3, 4, 5, 6, 7, 8, hoc tit.* Nam etsi reverentia & obedientia parentibus jure naturæ & gentium debetur, *l. 2. de just. & jur.* tamen longè major, & proinde alia est Romanorum in liberos potestas: quippe quæ antiquitus omnino dominicæ par esset, cum jus necandi indicta causa, & distrahendi filiorum ex l. Romuli, atque etiam Mosaica, *Exod. 21.* (quæ est vetustissima) parens obtineret, *Dionys. lib. 2. l. 2. l. in suis 11. de lib. & posth.* consequeretur que contra jus & votum naturæ, *l. nam etsi, l. 15. de inoff. test. l. scripto, 6. unde lib. l. ult. de bon. dam.* quo parentes thesaurizant liberis, non è diverso, *2. Corinth. 12.* omnia quæ filii quæsivissent, *Inst. per quas pers. nob. acqu.* Postea tamen, crescente una cum Imperio populi humanitate, edocenteque paulatim natura, & communi parentum voto, liberos ingenuos ingenuè liberaliterque esse habendos, ac meritis potius & officio, quam minis ad obedientiam provocandos, *l. si quando, 35. § illud, C. de inoff. testa.* multa emendata, & ad humanitatis rationem revocata sunt: ita ut nec patri quærantur indistinctè nunc omnia, quæ filius suo labore & industria paravit: *Institut. per quas pers. nob. acqu. l. fin. C. de bon. qua lib.* nec crudeliter sævire possit generator in liberos, *l. 3. C. de pat. potest. tot. tit. de obseq. à lib.* neque eos occidere, *l. 5. de parric. l. 1. C. de his, qui par. vel lib. occid.* distrahere, *l. 1. C. de pat. qui fil. distrax.* oppignorare, *l. qui filios 6. C. qua res pig.* exhæredare, abdicare, *l. abdicatio, 6. C. de patri. potest. vide inf. de lib. & post. & qua dixi Inst. de exhar. lib.* imò alimenta iis, victumque quærere cogatur, & suppeditare, *l. pen. hoc tit. tot. tit. de lib. agn. & C. de alend. lib.* Nec Jus Sax. multum ab hoc jure civili recedit: nisi quòd usumfructum, quem ad vitam in bonis liberorum pater habet, *l. fin. C. de bon. mater. instit. per quas pers. nob. acqu.* tantum usque ad nuptias vel emancipationem aut separationem ei relinquat *Land. lib. 1. art. 11. Fach. diff. 19. Reinhar. diff. 39.* Quin & fœminæ hoc jure (nam civili secus est, *l. vidua, 18. C. de nupt.* nisi quoad operas, & conjugale obsequium, *Ang. Fab. & Dd. Instit. ad S C. Tertull. vide Tiraq. in legib. connub. in prin. glo. Sax. art. 31. lib. 1.*) in potestate maritorum sunt, ut plerique arbitrantur, *Land. lib. 1. art. 31. Fach. diff. 6. & 8. per art. 45. Land. lib. 1.* & proinde patris in potestate per nuptias esse desinunt, *Consil. 30. parte 2.* Nam sicut res, ita nec persona in plurium potest esse potestate, *l. 5. § ult. commod.* etsi non desint, qui dissentiant: *Zobel. ad art. 45. lib. 3. & art. 31. lib. 1.* marito tamen mortuo, sui juris efficiuntur, neque redeunt in potestatem patris, *Tiraquell. in ll. connub. post ll. connubiales, num. 66. cum seq.* nec modo à potestate mariti viduæ liberantur, sed omni etiam jure maritali, puta familiæ, dignitatis, domicilii, *Land. lib. 3. art. 45. Fach. diff. 67. &c.* etiamsi jure civili viduæ hæc omnia retineant, *l. filii, 22. § vidua ad municip. l. fin. C. de privil. schol. lib. 12.*

OBSERVATA.

Divisio hom. h. t. ex j. gent.

N. I. *Quod igitur ad statum caputque familiæ*) Rectè notavit ad hunc locum Bach. divisionem quâ homines sui vel alieni juris dicuntur, non esse juris civilis, ceu A. opinatur, sed j. gent. cum & dominica & patria potestas sint ejusdem juris. Cæterum vox Familiæ, indeque dependens hominum divisio, aliqua explicatione opus habet.

Vox ambig. Familiæ.

Familia refertur vel ad res vel ad personas. Illo modo significat hæreditatem, *l. 195. de V. S. § 1.* Hoc modo collectivè denotat corpus domesticum plurium personarum, *d. l. § 2.* Unde alii in familia, alii extra familiam.

Qui in familia. Commun.

In familia vel communi vel propria. Communi, omnes qui ex eadem stirpe, domu & gente prodiit, per virilem sexum, i. ex eodem patref. originem gentemque suam trahunt, etiamsi singuli propriam alant familiam: suique juris omnes existant, aut adhuc in potestate sint, ut familia Corneliorum à Cornelio gentis illius principe, quæ deinceps in plures proprias familias divisa fuit.

Propria.

Propria familia dicitur dupliciter. Primò strictè de *solis liberis personis*, (1) patrisfam. & filiifam. materf. filiaf. (2) mariti & uxoris: jure enim proprio familiam dicimus plures personas quæ sunt sub unius potestate, aut naturâ, (ex potestate patria) aut jure (per conjugalem societatem) subjectæ: Ita ut non hæ tantum in familia sint, utpote filius, nepos, neptis, materfamilias; sed & illæ quæ præsunt societati (ratione juris sui) ut pater, (quamvis filium non habeat,) maritus *d. l. 195. § 2. l. potestatis. eod. l. 31. & 11. & 15. de adilit. ed. l. 3. & 4. h. t.* Deinde latè & generaliter familia refertur & *ad servos*; nam & horum familia est, & ipsi sunt in familia *l. 40. § fin. de V. S. pr. de L. Fus. Can. toll. l. 2. in med. h. l. 25. § 1. de adil. ed. l. 195. § 3. de V. S.* Atque hoc sensu demum verum est, & defendi potest, quod *ex jure personarum* sit divisio, quâ quidam sui vel alieni juris; illi pater familias, dominus; hi vel in potestate patris, liberi; vel dominica, servi *l. 1. § 4. mult. l. 3. h. t.* Qui it. scil. homines ita dividuntur non absolutè, sed relativè ad familiam, quæque strictè tales respectu patriæ potestatis, latè verò ratione potestatis in servos.

Liberi qui in potestate.

N. III. *Deinde in potestate*) Ratione *patria potestatis*, dividuntur hic liberi in eos, qui in potestate sunt & qui non. In potestate sunt quidam ab origine seu *natura*, alii lege. Ab origine & per nativitatem: qui nascuntur ex nuptiis, verè vel opinione justis.

Etiã nati ex nuptiis opinione justis.

Et de illis quidem non est dubium: sed hi justi liberi sunt non quidem ipso

jure,

jure, sed ex humanitate & principiis justitiæ benignæ, *cit. l.* & *sac. l. 24. & 57. de rit. nupt.* Ut autem quis sit filiusf. (in familia & potestate patris, jura familiæ participans, *l. 4. h. l. 19. de stat. homin.*) prius est, ut sit filius. Filium autem definimus qui ex viro & uxore ejus natus est, *l. 6. h. junct. arg. l. 11. §. 9. ad L. Jul. de adult.* uxore licet negante *l. 29. §. f. de probat.* nisi fortè mariti longa absentia aut aliud quid fuerit impedimento *d. l. 6.* Cæteroquin qui se filium dicit, id probare debet; nec sufficit quod Judex eum ali jusserit, quia in decernendis alimentis prius super filiatione summariè est cognoscendum, *l. 5. §. 8. de agnosc. & al. lib.* vid. Gl. & Bart. *in l. pen. h. t.* Jacob. Menoch. *de arb. jud. q. 1. cas. 89.* Henr. Salmuth. *ad Pancirol. rer. mem. p. 2. pag. m. 293. & seqq.* Gabr. Palæot. *de noth. & spur. c. 21. & seqq.* Verum quid si hodie contractis sponsalibus (etiam clandestinis) sponsus ante interventum ἱερολογίας cum sponsa concumbat, & non secutis nuptiis decedat, num inde natus pro legitimo habebitur? Negandum id videbatur & ob vitium clandestinitatis prohibitæ, & ob defectum benedictionis sacerdotalis. Sed contrarium, modò probetur promissio matrimonii, æquius est; quia solus consensus, multo magis copulâ carnali accedente matrimonium facit, *l. 30. de R. J. c. tua. eod. t. junct. c. per tuas. qui fil. sint. legit.* Taliter itaque natus licet non sit in patria potestate, tamen est ex viro & uxore natus. Et ἱερολογία ex lege Ecclesiastica quidem necessarium nupt. requisitum est, sed non de essentia. Nec officit vitium clandestinitatis liberis, ubi alia non subfuit ratio prohibitionis matrimonium impediens, Harm. Pistor. *obs. pract. 83.* Non minus pro justis & legitimis liberis habentur nati ex viro & uxore, mense 7. & 8. post nuptias. Qui & exinde à collegiis & opificiis honestis minimè genuium arcendi vel excludendi, ut *c. prae.* Responsis pluribus confirmavimus. Idem obtinet in liberis ante nuptias conceptis sed partus tempore in matrimonio editis, *l. nuper. in f. C. de nat. lib.* de quibus *mox infr.* Secus autem planè est in illis qui hodie ex *concubina* nascuntur, qui legitimi liberi non sunt; quod concubitus omnis extra matrimonium jure noviss. sit prohibitus, Pollc. Ordn. zu Franckfurt de ann. 1577. t. von leichtfertiger Beywohnung 26. Unde iisdem literæ legitimorum natalium jure denegatur, atque aditus ad collegia præcluditur. Quomodo responderunt Dn. Antecessores Fac. Goslanam: anno 1609. May daß in gedachtem articuls Brieffe das Wort Geburtsbrieff/ der algemeinen Gewohnheit nach von einem solchem Brieffe zu verstehen/ dadurch die eheliche Geburt bekundschafft und dargethan werde/ demnach auch derselb/ so nicht ehelich sondern von einer concubinen gebohren/ zu ewren Handwercke der Orts für einen Meister nicht zu verstatten sey. Cæterum Lege in potestate existunt alii per originis confirmationem s. Legitimationem, alii per adoptionem.

Filius qui natus ex uxore.

Etiam ex sponsa defuncti.

Mense 7. & 8. natus.

Conceptus ante, sed natus in matr. Secus in nato ex concubina.

Per subsequens matrimonium) Subjectum hujus legitimationis jur. civ. tantùm sunt naturales ex concubina nati, § *f. I. de nupt.* jure verò Canonico moribusq; nostris hoc latiùs extenditur, ut infra dicemus. Ratio principalis est fictio juris translativa, (h. c. lex per circuitum & indirectè hoc statuens) qua in naturalibus tantùm liberis ante nuptias natis, retrotrahitur tempus matrimonii ad tempus nativitatis, ita ut matrimonium contractum esse censeatur ante nativitatem filiorum extranuptialem, ut sic ab initio & retro liberi & semper, legitimi esse videantur. Gail. *2. obs. 140. n. 1.* Mynſ. *3. obs. 26. n. 9.* His consequens est, quod sint in patria potestate, habeant jus successionis, *N. 74.* patrique acquirant. Quin non rarius in collegia opificum recipi & ad honores, *arg. l. 2. C. de dignit.* admitti possunt, & petentibus literæ natalitiæ, daß sie echt und recht/ und auß einem Ehebette gebohren/ minimè sunt denegandæ, *arg. d. N. & N. 89. c. 1.* Sed Q. *An, propter has rationes etiam succedant in feudis?* Quod negamus (1) per text. *2. F. 26. §. naturales.* (2) quod fictioni juris civilis in jure feudali non sit locus, *2. F. 1. Bachov. ad Tr. h. th. 6. lit. F. verb. & in feudis. Dn. Bened. Carpzov. Syn. jur. feud. disp. 5. th. post alios ibi cit.* In praxi tamen contrarium observatur, qua de Gail. *d. l. n. 2.* Mynſ. *5. obs. 42. n. 1. & seq. Sigism. Finckelth. disp. feud. 6. th. 13.* Nisi aliud de hoc singulariter quoque constitutum reperiatur. Quomodo in illustri Ducatu Brunſ. & Luneb. Wolferbytano, ex Constitutione D. Henrici Julii anno 1593. d. 3. Januar. Wegen Ehebruch und Hurerey/ naturales non debent per subsequens matrimonium aut alio modo legitimari in præjudicium domini feudi, agnatorum, aut simultaneè investitorum, vel privilegiorum quæ jam ante obtenta. Cui postea additum, quod iidem (die ausser Ehegezeugte und Mantel Kinder) à feudis novis, præcipuè nobilitatem annexam habentibus planè arceri debeant, Landtags Abschied zu Gandersheim/ de anno 1601. §. zum 31. dir: sonderlich zu Adelichen Lehen keines weges zu verstatten noch kommen zu lassen. Et geminum est quod de hoc nuper constitutum in Ordinat. Poli. Archiep. Magdeb. *c. 40.* §. und ob wir wol; ubi idem & ad bona allodialia parentum aliquo modo extensum videbis. Porrò ex prædictis patet duo de hac legitimat. specie valde esse notanda, (1) quod jur. civ. obtineat saltem in liberis ante nuptias *jam natis*, legitimandis. (2) tantùm ex concubina (soluta & soluto editis,) *§. f. de nupt.* Priori itaque ratione secus est in liberis ante nuptias duntaxat *conceptis*. Hi enim postmodum nati non dicuntur legitimati, sed legitimi; quod in quæstionibus ubi de statu liberorum dubitatur, non conceptionis sed *partus* tempus inspiciatur; nisi aliquando ipsis magis prosit tempus conceptionis, quod justum est ex principiis à favore deductis, *l. nuper. C. de n. t. lib. sub fin. Molin. 2. disp. 172. n. 2.* Idemque quo ad libertatem eorum obtinet, *§. pen. de jur. pers.* Quod, licet lege positivâ constitutum non esset, natura tamen rei postulat, rectè docente Molinâ *2. disp. 33. n. 32.* Ex posteriori ratione jure Rom. excluduntur quicunque aliter nati quàm ex concubina unica domi retentâ. Verùm Jure Can. moribusque nostris, admittuntur ob liberorum favorem, quicunque ante nuptias ex iis parentibus progeniti, quos inter, tempore nativitatis nullum erat impedimentum, ad matrimonium legitimè contrahendum, *Panorm. & Dd. commun. in c. tanta. qui fil. sint legit. Covarr. de matr. p. 2. c. 8. §. 2. n. 2. Molin. 2. disp. 172. n. 3.* Quibus consequens, si hodiè, contra ordinationes Ecclesiasticas, ante ἱερολογίας interventum, *sponsi* concubuerint, liberis post nuptias exinde natis, hoc multò minùs officere posse, in legitimis ipsorum natalibus; & quod perfecto per consensum matrimonio concepti sint, *l. 30. d. h. t.* & in matrimonio tempore partus editi inveniantur. Legitimi ideoque & justi sunt hi naturaliter, ex viro & uxore nati, *l. 6. h.* non ut legitimati, seu juris fictione. Quin si ex *non sponsorum* consuetudine extranuptiali conceptus, postea subsecutis nuptiis editus sit, partus quoque justus nascitur & legitimus: ideoque non dicendus legitimatus, ob tempus partus, quo ex viro & uxore in matrimonio editur, *d. l. nuper junct. l. 6. h. Molin. d. disp. 172. n. 2. V. p. 108.* Quod ipsum itaque & parentibus prodesse debere certissimi juris est; tum quod, ut tempore partus legitimus propterea dicitur, quod in matrimonio est natus, ita non possit non hoc tempus partus etiam proficere parentibus, utpote legitimis conju-

Effectus in legitim. per subseq. matrim.

Quo ad feuda.

Duo hic notanda.

Liberi concepti ante, sed nati in matrim. sunt legitimi.

Naturali ratione.

Ut & parentes.

gibus (viro & uxore *d. l. 6. h.* tunc existentibus: Cui accedit, quod jure Can. moribusque nostris vitia si quæ præcesserunt, omnia purgentur, in favorem matrimonii subsecuti, retrahaturque illud jure eod. hoc casu ante copulam carnalem, ita ut ante eam statim ab initio contractum censeatur *d. c. tanta* ubi Gl. & Dd. comm. Quomodo ideoque ex facto consulti sæpius respondimus in Fac. Juridica, Collegiis opificum nonnullis nequicquam repugnantibus. Denique prædictus affinis quæstio est, *an legitimatio per subsequens matrimonium sit ex jur. nat. an positivo?* Illud affirmat Jal. 2. *cons.* 234. addens esse ex jure divino, hoc Covarr. *de matr. p. 2. c. 8. §. 2. n. 21.* quem sequitur Basilius Ponce *de matr. lib. 11. c. 2. n. 7.* Quorum sententia verior, etiam hodie quoad legitimationem ex non sponsis ante nuptias jam natorum; quod enim illi deinceps subsecutis nuptiis censeantur retro fuisse nati in matrimonio, (quod revera tunc non fuit,) id non potest non esse expositione.

Legitimatio per s. in est ex j. nat

Aut per oblationem curiæ) Mutatâ Reip. formâ hîc modus hodie non obtinet; adeò ut nec verum sit *oblationem monasterio* in ejus locum, ceu nonnulli volunt successisse. Etenim (1) onus non leve erat decurionatus, unde à Theod. & Leone inventus erat modus legitimandi, quo plures curiarum oneribus ferendis præsto essent, *arg. l. 3. l. 4. C. de nat. lib. & eleg. Bachov. ad §. f. de nupt.* Sacra verò quæ monachi celebrant, oneris nomine venire nequeunt (2) monachi subjiciuntur potestati Abbatis, *auth. ingressi. C. de SS. Eccles.* E. non possunt naturales iidem esse justi liberi patri naturali. *Adde Bach. ad Tr. h. th. 6. lit. E.*

Legitima per oblat. cur. & monast.

Per diploma principis) Strictior hicce modus est, & duo in primis requirit (1) ut pater liberos non potuerit facere legitimos per subsequens matrimonium, puta si mater sit mortua. (2) non habeat tum alios liberos legitimos, *N. 89. c. 9. N. 74. c. 2.* Si verò postea nati sint liberi, legitimatio exinde non revocatur. Boc. *class. 1. disp. 10. th. 13. & f.* Fit hæc vel immediatè ab ipso Principe, præcipuè in illustrium personarum liberis, vel mediatè per istos, quibus ille id mandavit. Mandat autem vel in genere, dando jus legitimandi Comitibus Palatinis, (quales sunt etiam p. t. Vice Rectores Acad. JULIÆ) vel specialiter ad certum actum: & quin mandatarii illi liberos proprios legitimare possint, non est dubitandum, *arg. l. 4. de adopt. l. un. §. 2. de offic. cons. l. 5. de manum. vind. Vide Bach. ad Tr. d. disp. 2. th. 6. lit. g. pr. Gail. 2. obs. 142. n. 3. & 4. novissimè Mund. à Rodach. sing. tr. de Comm. Palat. c. 3. Casp. Klock. in collectan. consil. tom. 3. cons.* 143. Pro liberis legitimis itaque sunt & hi legitimati ad omnes effectus. Unde eos à Collegiis honestis minimè repellendos respondit Facultas nostra Jurid. Magdeburgum, anno 1648. *verb.* Auß dem legitimation-Briefe so viel zu befinden/ daß die N. mit ihrem Eheman bey der Kürsner gilde zu lassen. Quod ideoque etiam in jure succedendi obtinet; modò ante mortem patris legitimatio præcesserit. Post mortem enim ejus facta, nulla est in præjudicium eorum, quibus jus succedendi ab intestato jam quæsitum fuit, *Gail. d. obs. 142. n. 16. & de pac. p. lib. 2. c. 19. n. 12. & seqq.* Juxta quæ ergo notanter anno 1621. d. 25. Jul. ad requisitionem Val. Kohten pronunciatum eidem Collegio: Ob wol Jungfer M. S. besage deß beykommenden Käys. privilegii auch ad jura successionum & hæreditatum legitimiret. Dieweil jedoch selbige legitimatio nach tödtlichen hintrit des Vaters geschehen/ und also auff dessen Erbschafft/ als welche vorhin gefallen nicht wircken kan: so mag dieselbe von solcher Erbschafft/ vermög Rechtens mehr dann zwo uncias nit bestande nicht fordern; welche ihres Vatern seel. hinterlassene Anverwante Erben ihr abfolgen zu lassen schüldig. Multo magis itaque sic legitimati à feudi successione excluduntur, & propter *d. l. naturales. 2. f. 26.* & quod agnatis jus succedendi antea vivente vasallo tacitè fuerit quæsitum, multoque iniquius, contra principia moralia, nec à Principe auferendum sit, *Gail. d. obs. n. 12. & seqq.*

Per resc. Princip.

Legitimationis effectus.

Propria civium Romanorum) Patria potestas, (Germ. der Väterliche gewalt juris naturæ est, considerata absolutè, quoad introductionem & substantialia, quia oritur ex matrimonio, prima & antiquissima paterni imperii causâ, *Arist. 1. pol. c. 12. & 8. Eth. 12.* Eadem juris gent. est, quat. gentibus usitata, recepta *arg. l. 2. de l. & l.* Relativè verò considerata ad Remp. Romanam, ejusque informationem & approbationem, juris est civilis, *§. pen. de patr. pot. l. 3. 4. & 5. h. t. Conf. Grot. de i. p. & b. l. 2. c. 5. n. 1. 2. & 7. Henn. Arnisæ. de Rep. c. 4. sect. 1. n. 14. 15. & seqq. & d. c. 4. sect. 2. n. 6. D. Frantzk. comm. h. n. 11. & seqq.*

Patr. pot. an jur. civ.

Quom. jur. gent. & civil.

Distrahere) Obtinet hoc causa famis in casu extremæ necessitatis, ad servitii præstationem, *per l. 2. C. de patrib. qui fil. distrax. Q. solet autem an & matri competat?* Aff. (1) quia *in d. l. 2.* ratio assignatur non patria potestas, sed necessitas, quæ & in matrem eadem potest; justum enim illa facit sine personæ consideratione: (2) voces *si quis. in d. l.* etiam ad fœminas pertinent, *l. 1. de V. S.* Nec officit (1) quod specialiter hoc patri concessum, *rubr. d. t. junct. l. 14. de legib.* Nam jure quidem speciali inductum est, sed ex necessitate, quæ non habet legem, nec in matre. Neque obest (2) quod prohibitum sit *l. 26. C. de transf.* matris pacto vel transactione liberos servos fieri, per quod in contrarium movetur Dn. Perez. *ad t. C. de patr. qui fil. n. 2.* Nam lex ista Impp. Diocl. & Maxim. qui iidem prohibuerant patribus *l. 1. d. t.* est generalis, at *l. 2. eod.* & specialis est, quæ sibi invicem non derogant, & posteriori, sc. Constantini. Non mutat (3) quod privilegia non sint extendenda. Respond. enim non tam esse hoc privilegium quàm jus extremæ necessitatis. Censetur quippe ipsa natura jus dare ad id omne sine quo obtineri non potest quod ipsa imperat, *Vid. Grot. d. c. 5. in fin.* ubi hujus juris originem ab Ebræis & Phœnicibus ad Thebanos, & ab his in alios populos dicit derivatam: *Didac. Covarr. 3. var. res. 14. n. 4.* Cæterum quod de venditione dicitur *in sæpe d. l. 2.* etiam in permutatione similive contractu locum habet. *Add. Molin. disp. 33. n. 21. & seqq.*

An patri lic. vend. fam. caus. filium sanguin. Aut & mat.

Crudeliter) Hodie potest curare pater filium inobedientem incarcerari, & judici puniendum offerre, qui ipsi pœnam quam pater dixit imponere tenetur, *l. 3. C. de patr. pot.* Quin si pater filium per aliquod tempus in certo conclavi concludat, propterea in pœnam *l. un. C. de carcerib. priv. inhib.* non incurrit, cum correctionis, non jurisdictionis aut custodiæ causa hoc facere intelligatur, *Schneidvv. ad §. jus autem. n. 29. de Patr. pot. Dn. Casp. Manz. in patrocin. debit. de pauper. p. 1. q. 5. n. 1. & seqq. Arnisæ. d. sect. 3. n. 7. & seqq.*

Potest. patris in personam lib.

Nisi quod usumfructum) Notabilis hæc differentia est, quod jur. civ. pater ad vitam habeat usumfructum bonorum filii adventitiorum, licet hic matrimonium contraxerit & se à patre separaverit, *all. l. f. l. 1. C. de bon. matern.* Jure verò Sax. tantùm usque ad nuptias, vel emancipationem, aut aliam separationem filii subinsecutam, *per all. text.* Landr. *lib. 1. art. 11. Matth. Coler. decis. Germ. p. 1. dec. 41. n. 3. & seqq.*

Potestas patr. quo ad usumfr. bon. adv.

In potestate maritorum sunt) Dist. potius inter jus civile, jus consuetudinarium hodiernum, & jus Sax. Jure civ. Romanorum recentiori mulier nubens manet in patris potestate, *arg. §. 2. de Senatusc. Tertyll. l. 1. 2. C. de lib. exhib. l. 1. §. 1. de lib. agnosc.* (malè autem id probatur *per all. l. 18. C. de nupt.* quæ apertè loquitur de

Effectus pot. conjugalis.

filia

filia & vidua emancipata) Matris saltem relinquitur honor & imperium domesticum. Jure nostro consuetud. (quamvis non planè universali) cum nuptiis finiatur patr. potestas, est mulier sub potest. & tutela maritali, (1) quoad obsequia matrimonii, *arg. l. si uxor. C. de condit. insert. l. filia. C. de collat.* (2) quoad forum, *arg. l. exigere de judic.* (3) quoad operas; tenetur enim marito, quo ad conditionem suæ personæ, operari: (4) quo ad dignitatem, *arg. l. fœmina, de senator.* Atque hi non sunt effectus patriæ sed conjugalis societatis. Jure verò Sax. fœmina nubens non modò liberatur à patris potestate sed & simul transit in potestatem sui mariti, *per text. Landr. R. lib. 1. art. 45. ibi:* ein Mann ist seines Weibes Vormundt/ und sie trit in sein Recht wann sie in sein Bette. Quod tamen verum saltim quoad potestatem mariti; nam aliàs curator maritus, nec eodem jure, unque est suæ uxoris, nisi specialiter sit constitutus. Matth. Coler. *dec. 66. n. 4. 5. & 6.* Add. hanc potestatem ex diversarum gentium juribus repetentem D. Mev. *ad jus Lubecc. lib. 1. t. 3. n. 52. & seqq.*

Nam sicut res ita nec persona) Non admodum stringit hæc ratio, adnotante Bach. *h.*

Sed etiam omni jure maritali) Jur. civ. insignis est nuptiarum & societatis conjugalis effectus, quod mortuo licet marito, tamen conjux retineat mariti sui domicilium, familiam & dignitatem, *per text. hic cit. & l. 8. de Senat. l. 13. C. de dignit.* modò postea non nupserit cuidam inferioris sortis; tunc enim ejus conditionem sequitur, *l. 1. C. eod. l. 3. C. de mulier. legul.* At jus Saxon. satis in hoc durum, statuit fœminam defuncto marito suo à jure mariti liberari, & in primom statum, quem ante matrimonium habuit, reponi. Landr. R. *lib. 1. art. 45. Coler. decis. 65. & decis. 161. n. 20. & 21. Zobel. p. 2. diff. 24.* Cæterùm de pluribus effectibus patriæ potestatis conferatur Ascan. Clementinus *de patr. pot. c. 6.*

Effectus nupt. Jur. Sax. ratione dignit.

TITULUS VII. C. 8. 48. 49.

De Adoptionibus, & Emancipationibus, & aliis modis, quibus patria potestas solvitur.

HActenus dictum est, quinam potestati alienæ subjiciantur: nunc consequenter, quibus modis iidem ab ea liberentur, exponamus. Liberantur autem servi dominica potestate, per manumissionem: filii patria, per Adoptionem, Emancipationem, & alios quosdam modos. Nam per adoptionem transit filius famil. è sacris, potestatéque sui patris in familiam alienam. Itaque, adoptio est modus cum inducendæ, tum solvendæ, transmotandæque potestatis.

1. Continuatio.

Est autem adoptio, legitima extranei hominis in familiam assumptio: *Gel. lib. 5. cap. 19.* sive, Actus legis, quo filium fam. facimus: sive, ut habet Theoph. *in prin. Instit. eod.* est actus legitimus, naturam imitans, ad eorum, qui liberos non habent, solatium inventus. Verbum Legitimus, ostendit, hunc actum juris civilis esse, *l. actus legitimi, 77. de reg. jur.* Etsi enim apud alias quoque gentes usurpata fuit quædam adoptionis ratio: *Genes. 48. 50. Exod. 2. 10. Act. 7. 21. Plut. in vita Thes. Ioseph. in antiquit. Iud. Demost. in orat.* πρὸς Λεώχαρην, tamen quia peculiarem quandam & civilem adoptandi formam Romani habuerunt, meritò ea ad jus civile refertur. *l. actus legitimi, de reg. jur.* sicuti & testamenti factio, *l. 9. de testam.* Ea verba, *Ad solatium eorum*, causam finalem introductæ adoptionis ostendunt, ut videlicet defectum naturæ lex suppleat, & sterilitati aut mortalitati deficientium familiarum medeatur.

2. Quid sit adoptio?

Adoptionis autem nomen generale est, & in duas tribuitur species: quarum altera Adoptio similiter dicitur, altera Arrogatio. Adoptantur filii fam. arrogantur, qui sui sunt juris.

3. Quotuplex?

Causa efficiens adoptionis est lex, quæ eam introduxit, & consensus eorum, qui hoc actu utuntur. Oportet enim adoptantem, & eum, qui adoptatur, consentire: *l. 5. l. neque absens, 24. h. tit. l. nec avus, 4. C. de emancip. lib.* hâc tamen adhibitâ distinctione, ut si quis a patre in adoptionem detur, sufficiat eum voluntati patris non contradicere, *l. in adoptionibus, 5. h. tit.* in arrogato autem expressus consensus desideretur, *d. l. 5.* Ex quo patet, cur adoptari infans, non autem arrogari possit, *l. etiam 42. h. tit.* Cæterorum autem, inter quos jura agnationis consequuntur, non est necessaria approbatio, *l. cum adoptio. 7. h. tit.* Ut enim invitis agnoscuntur fratres & agnati, ita & adoptantur. Præterea sciendum est, non consensum tantummodò requiri, sed opus esse etiam, ut personæ ad adoptionem sint idoneæ: quædam enim adoptare adoptarive prohibentur. Adoptare non possunt fœminæ, nisi ex indulgentia Principis, *§ fœmina, Instit. eod. l. si suspecta, 20. § penult. de inoff. testam.* quorsum enim adoptent, cum liberos non habeant in potestate? *§ cæteri, Instit. de hered. qual. & diff. d. § fœmina, l. illud, 4. § ad testamenta, infr. de bon. poss. cont. tab.* licèt rectè adoptentur *l. hac autem 20. l. nam & fœmina 21. hoc tit.* Item castrati: *l. 2. versic. illud, h. tit.* nam cùm generare nequeant, nec adoptare quidem possunt. Adoptio enim naturæ imitatrix, tantum in iis locum habet, in quibus natura habere potest. *l. adoptio, 16. hoc tit.* Itaque spadonibus, quibus meatus seminis vitio impediti, contortique sunt, cum spes sit, vitio sublato, eos ad generandum fore idoneos, adoptio minimè est inhibenda, *d. versic. illud. l. arrogato, 40. § fin. hoc tit.* Eâdem ratione minor decem & octo annis adoptare nequit: vix enim per ætatem pater esse potest, *d. l. arrogato, § non tantùm,* ut nec facilè minor sexaginta annis: quia conjugio operam dare debet, ad replendam liberis civitatem: *l. 1. sol. matr.* naturæque, quæ ut nascendi, ita gignendi legem præscripsit, *Valer. lib. 2. c. 4.* doctum sequi potius, quam instar curruccæ alienos pullos quodammodo excludere, atque habere pro suis, *l. si paterfamilias, 15. § fin. hoc tit.* Majoribus porrò 60 annis meritò permittitur adoptandi facultas: *d. l. si pater, 15. § ultim. h. tit.* quia potentiam gignendi ad id tempus emarcescere, physici tradunt: *Arist. lib. 1. de gener. anim. cap. 18. Gal. de tuend. sanit. lib. 3.* unde nuptiæ post eam ætatem, quasi libidinis magis, quam liberorum causa initæ, olim improbabantur, *l. pen. C. de nup. Suet. in Claudio, Lactan. lib. 1. cap. 16. Plaut. in Mercat.* Præterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit, vel plures liberos, adoptare alium: ne aut illorum, quos ex justis nuptiis procreavit, diminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio sibi parat: aut qui adoptatus est, minus percipiat, quam dignum sit eum consequi, *l. nec ei, 17. §. fin. l. si paterfamil. 15. § fin. hoc tit.* Adoptari nequit absens, *l. neque 24. hoc tit.* quia per alium nequicquam ea solennitas expeditur: *l. post mortem, 25. §. fin. hoc tit.* is, qui non decem & octo annis major sit eo, cui in adoptionem datur: *d. l. si paterfamilias, § fin. cum l. seq.* semel a patre adoptivo emancipatus, idque odio levitatis, *l. adoptare, 37. §. 1. l. qui liberatus, 12. hoc tit.* impuberem adoptare concessum, *d. l. etiam infantem* arrogare, nisi ex justissimis causis prohibitum: *l. 2. C. eod. §. 3. Inst. eod. l. nec ei. 17. §. 1. h. tit.* præsertim si tutor, ad evitandam rationum reddendarum necessitatem, pupillum arrogare velit, *l. nec ei, 17. hoc tit.*

4. Causa efficiens: & qui quos adoptare possint?

Illud sciendum est, adoptionem non solum loco filii rectè fieri, sed nepotis etiam, quasi ex filio nati, item pronepotis, *l. si quis nepotem, 10. l. adoptione, 43. l. adoptare, 37. l. si is, qui nepotem, 44. l. cum nepos, 6. l. si paterfamil. 5. § qui duos, 1. hoc tit.* atque ita deinceps: loco autem fratris, quem nemo natura gignit, nequaquam, *l. nec apud 7. C. de hered. instit.* In adoptionibus autem, variæ olim usurpabantur solennitates, *vide Calvin. Instit. lib. 1. Gell. lib. 5. cap. 19.* quas Justin. *l. fin. C. eod.* abrogavit, ut plerasque omnes ipsius sæculo obsoletas, voluitque constare adoptionem, si pater filium non contradicentem daret in adoptionem apud Magistratum, penès quem legis esset actio, id est, libera & ordinata jurisdictio: *l. 2. in princ. l. 3. l. 4. hoc tit.* decreto Judicis, *Alex. consil. 126. ad utramque, num. 11. vol. 4.* & actis publicis, seu scripturis, *l. emancipatione, 11. C. de fide instrum. c. quoniam in de prob.* intervenientibus, *§. penul. Instit. quib. mod. jus patr. pot. solvit.* Quod ita interpretantur Dd. ut etiam extra acta & locum judicii, adoptionem coram Judice fieri permittant, *Angel. in § præterea, Instit. quibus mod. jus pat. po. l. 1. de offic. cons.* sicut & emancipationem, *l. 3. l. fin. C. de emanc. d. § præterea, C. emancip. l. emancipatione, 11. C. de fide instrument.* Cæterum Jure Sax. non modò arrogatio, sed etiam adoptio apud acta coram Judice fieri debet. *Reinh. diff. 51. per art. 30. lib. 2.* Arrogatio quò periculosior, eò pluribus erat obnoxia cæremoniis & cautionibus, fiebatque in Comitiis consensu populi, *Gell. præall. loco.* nunc autem authoritate Principis, *l. 2. hoc tit.* in quem populus jus suum transtulit, *l. 1. sup. de constit. Princ.* (Jure Sax. ut dixi, sola Magistratus municipalis authoritate interpositâ, *Reinh. diff. 51.*) adhibitâ tamen causæ cognitione: ut si fortè minor sit arrogandus, dili-

5. Causa formalis: & de solennitatibus adoptionis.

diligenter perpendatur, conducibilis sit illi arrogatio, nec ne, *l. nec ei, 17. hoc tit.* In pupilli insuper, pupillæve arrogatione id servatur, ut arrogator caveat, si impubes decedat, restituturum se, quæ ex bonis ejus consecutus fuerit, illis, ad quos ea res perventura esset, si arrogatus in suo statu permansisset, *l. non aliter, 18. cum ll. seq. h. tit.* Id etiam annotandum, ad tempus non fieri adoptionem: quia moribus & naturæ haudquaquam convenit, temporalem filium habere, *l. quæsitum, al. incip. si tibi filius, 34. h. tit.* Si tamen quid ex solennibus omissum sit, solet a Principe impetrari adoptionis confirmatio, *l. adoptio, 38. hoc tit.* nisi in alterius vergat detrimentum, *l. nam ita, h. tit.*

6. *Effectus adoptionis.*

Adoptio non jus confert sanguinis, nam illud jure civili nec dari, nec adimi potest, *l. jura sanguinis, 8. de reg. jur. l. jus agnationis, 34. al. 35. de pac. l. non nudis, 14. C. de proba. l. parentes, 22. C. de lib. caus.* sed jus agnationis inducit, *l. qui in adoptionem, 23. h. tit.* Et olim quidem adoptati in omnibus jura justorum liberorum obtinebant, *l. onera, 45. l. ex adoptivo, 27. si paterfamilias, 15. hoc tit. l. non epistolis, 13. C. de probat. l. 1. de bon. possess. contra tab. § adoptivi. Instit. de exhered. lib. § in plurimis, Instit. eod.* quæ quidem etiam nunc durant, si ante emancipationem pater adoptivus decedat, cæteroquin civilis adoptionis actus contraria emancipationis solennitate planè dissolvitur, *l. cùm in adoptivu pen. C. eod. l. sed & nepos, 14. hoc tit.* Illud sanè contra veteris juris observationem, Justin. *d. l. cùm in adoptivu,* introduxit, ut adoptivus in potestatem adoptantis hodie non transeat, nisi cum avi materni sacris inseritur. Arrogationis tamen jura intacta reliquit, *l. pen. in fin. C. de adopt.* unde etiam hodie arrogatus potestati patris cum omnibus bonis subjicitur, & omninò eo est loco, quo filii naturales, *l. 2. in fin. d. l. si paterfamilias, d. l. arrogato.* adeo ut & jura suorum hæredum consequatur, *d. l. arrogato, § fin. d. l. qui in adoptionem,* & ne per emancipationem quidem spe successionis privari possit, *l. 1. C. eod. § cùm autem, Instit. eod.* Quamobrem, ut antiqua adoptionis vis constet, atque authoritas: solent patres in adoptionem hodie liberos daturi, prius eos emancipare, atque ita sui juris factos, deinceps tradere arrogandos.

7. *De emancipatione, & reliquis modis, quibus patria potestas solvitur.*

Et hactenus de Adoptione: nunc de Emancipatione aliquid dicamus. Emancipatio ab imaginaria alienatione, per quam olim fiebat, dicta est: Emancipare enim nihil aliud est, quam solenni quondam, civilique modo alienare, & vendere in perpetuum, *vide Cont. lib. 1. disput. cap. 12. & quæ dixi ad § præterea, Instit. quib. mod. jus pat. pot.* Hinc res mancipi dictæ, & mancipio dare, accipere, &c. Lucret.

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu.

Est autem Emancipatio, patriæ potestatis per actum juris solennem dissolutio: qui quidem solennibus olim venditionibus & manumissionibus expediebatur, *§ præterea, Instit. quibus mod. jus patr. potest. sol. Cajus Theophil. in Instit.* hodie iis antiquatis, nuda apud Magistratum contestatione, *l. fin. C. de emancip. liber.* Jure verò Sax. fit per nuptias, aut domicilii, mensæque separationem aut divisionem, ut quibusdam placet: quanquam tex. solennitatem judicialem requirere videatur, *Land. lib. 2. art. 19. Reinh. parte ultim. diff. 32.* quod verius: scilicet, ut separatio tantùm judicialis, qua pater filium sui juris esse jubet, & a se sejungit, emancipationem inducat: non etiam extrajudicialis, quamquam hoc receptum magis constit. 10. parte 2. sicut & jure civili. Quod quidem ad locum attinet, non requiritur solennitas judicii, sed potest quocunque loco emancipatio coram Judice fieri, *§ præterea, Instit. quibus mod. jus patr.* ita ut scriptura tamen, seu actorum interpositio publica intervenire debeat, *l. emancipatione, 11. ubi Dd. C. de fide instrum. c. quoniam, contra. de probat. l. 3. C. de emancip. l. nemo arbitrii, C. de arb.* Alii modi, quibus jus patriæ potestatis solvitur, positi sunt vel in casu: ut cum morte tam naturali, quam civili, puta deportatione, servitute, &c. alterutrius, patriæ potestatis relatio evanescit: *vide Instit. quib. mod. patr. pot. solv.* vel in Lege, quæ propter dignitatem filii patriam potestatem dissolvit, *l. ultim. C. de Constit. lib. 12. § filiusfamil. Instit. quibus mod. patr. pot.* Illud postremò notandum, dissolutam his modis patriam potestatem, tantum volente filio per adoptionem redintegrari, *l. qui liberatus, 12. h. tit.* non etiam en invito: *l. fin. supr. tit. 1.* nisi cùm ingratos liberos, lex in potestatem revocat, *l. unic. C. de ingra. li.* sicut ingratos liberos in servitutem, *tot. tit. C. de ingrat. lib.* Cæteroquin in omni adoptione, consensum utriusque partis, paulò antè requiri diximus: quare eundem requiri, & in dissolutione & redintegratione patriæ potestatis, est consentaneum: ut scilicet nec invitus quisquam emancipare, *l. nec avus, 4. C. de emancip. lib.* neque emancipationem accipere, *l. jubemus, 5. C. de emancipa. lib. vid. glo. & Dd. in d. l. 4.* neque potestatem dissolutam redintegrare conatur.

OBSERVATA.

Adoption vox ambig.

N. II. *Est autem adoptio*) Adoptio ferè tripliciter accipitur, 1. Vulgariter, quando liberum hominem loco filii alimus, quia adoptare est in filium adsciscere. Imò sic & ad alios pertinet qui adsciscuntur, e. g. tractandi ut fratres; & adoptare ministros dixit Varro *lib. 4. de L. L.* Ita sumitur adoptio *in l. 132. de V. O.* cui opponitur legitima s. solennis, juxta Br. & Angel. *ibid.* Joh. Jac. Speidel. *in not. hist. Jurid. pol. Verb.* angewünschete Kinder *n. 22. vers. ac licet* 2. Juridicè & *propriè* est solennis & legitima in locum liberorum assumptio, *d. l. 132. post. pr. ff. h. & § 4. & 8. I. eod. 3. Impropriè* denotat servi adoptionem, *§ ult. I. eod.*

Quid.

Theoph.) Vel est *actus legitimus quo quis in locum liberorum suscipitur, qui natura talis non est.* Utraque definitio tolerari potest: quia inspicitur illud, quod plerunque contingit, & cujus causâ adoptio inventa est; *adde l. hic* Est enim introducta præcipuè in eorum gratiam, qui nullos liberos, vel degeneres aut debiles, malaque valetudine affectos habebant, ne familiarum dignitas penuriâ naturalis sobolis periret. Hincque si spes aliqua suscipiendæ prolis naturalis subesset, adoptio nō facilè permittebatur. Duar. *h. t. c. 1.* cum quibusdam politicis putat esse hanc rationem, quod filios adoptivos possimus eligere, naturales non item: unde sine dubio est quod adoptivi liberi dicantur angewünschete oder erkorne Kinder/ quos ex voto quasi habemus. Vid. Ruding. 1. *obs. 25.* Speidel. *d. l.* Hugo Grot. *in fl. ff. h. t.*

Cur actus legitimus.

Legitimus) Dicitur actus legitimus vel etiam legis actio, per *l. 4. l. 25. § 1. l. 34. h. t. junct. l. 1. C. eod. l. 3. de off. procons.* Nusquam enim legis actiones ab actibus legitimis satis discernuntur, indeque ista pro synonimis sunt habenda, *arg. l. 2. § 6. de O. I.* Tim. Fabr. *anniverss. disp. ad Inst. 6. th. 3. lit. a.*

Est jus gent.

Meritò ea ad jus civile) Verùm forma illa adoptandi Romanorum (si absolutè consideretur adoptio) tantùm accidentalis fuit. Quippe non solum apud veteres Romanos in usu exitit. Gell. *lib. 5. c. 19.* Sed & apud Græcos, Judæos, & alias gentes, unde in sese juris est gent. quoad approbationem verò & informationem juris civilis. Vid. Bachov. *ad pr. I. h. t.* qui tamen in not. *ad A. h.* videtur sententiam suam mutasse.

Ejus causa impulsiva præcipua.

Causa finalis) Accuratè loquendo causa hæc, quod prosit illis qui liberos non habent, non tam finalis est, quam impulsiva principalis, & præcipua: unde *liberos non habere* dicitur idonea causa adoptionis in *l. 3. C. h. t.* quodque sic ars (jus gentium, quod excogitavit adoptionem) naturam imitetur, supplens liberorum indigentiam. Et quamvis qui minor 60. annis, nisi justa de causa adoptare nequeat, quod ejus ætatis adhuc sit, ut liberis procreandis operam navare possit, *l. 15. § 2. h.* (quod satius est & utilius Reip. quam ex aliena familia aliquem in suam potestatem redigere, *l. 17. § 2. h.* unde & jus liberorum, ceu privilegium publicæ fœcunditatis in liberis tantùm procreatis à natura obtinet, non verò in adoptivis, *arg. pr. de excus. tut.* quo de vid. Marc. Vertran. *de jur. liber. c. 43. p. 310. & seq.*) Quamvis etiam ei qui liberos habet, ægrè, nec nisi causâ cognitâ permittatur alios adoptare, *d. l. 17. § 3.* Attamen aliquando & isthæc suas patiuntur exceptiones: & nonnunquam potest quis filium ex se natum adoptare, *l. 12. l. 15. 1. § h.* Hacque ratione verum est quod dicit Seneca, *lib. 2. controvers.* adoptionem esse maximum remedium imbecillitatis & fortunæ.

Modi adoptandi.

N. IV. *Causa efficiens*) Prius explicandæ erant divisiones adoptionis, & quæ propria cuique speciei. Fit autem sec. Gell. *A. 5. lib. c. 19.* adoptio vel per Prætorem, vel

per

per Populum. Illud contingit quando qui in potestate patris sui naturalis sunt, in alienam familiam adsciscuntur, & dicitur adoptio in specie. Hoc, quando adoptantur illi qui sui juris, & dicitur Arrogatio. *Adoptio in specie* veteri circuitu fiebat, per tres emancipationes & duas manumissionès in filiis: in filiabus per emancipationem unam, *l. veteres. C. h. t.* seu, cum filii à parente in cujus potestate sunt, tertia emancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum penes quem est legis actio, vindicantur, Gell. *d. c. 19.* Erat enim olim solennis & civilis alienandi modus, cessio in jure i. e. apud magistratum, Ulp. *tit. 19. §. 8. & 9.* Hac solennitate sublatâ sufficit magistratus imperium (i. e. autoritatem publicam) in adoptionibus adhiberi, *l. 2. h. t.* sed de quibus plura *ad n. 5. h. Arrogatio* est eorum qui sui juris, in alienam familiam & potestatem translatio, ita dicta, quia in comitiis per populi rogationem fiebat, cujus hæc erant verba: *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio, tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, &c. hæc ita, uti dixi vos Quirites rogo.* Gell. *d. c. 19.* Neque his obest, quod Gajus in *l. 2. h.* dicit inde arrogationem vocatam, quod & qui adoptat rogetur i. e. interrogetur, an velit eum quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse, & is qui adoptatur rogetur, i. e. interrogetur an id fieri patiatur. Quia JCtus ad sua tempora respicit, quibus comitiorum usus erat à Principibus sublatus. Porrò Adoptio in specie sic dicta docendi causa dividi iterum potest in *veram* seu propriam, & *impropriam*, seu plenam aut minùs plenam, *arg. §. 2. de adopt. l. pen. C. eod.* Illa est quæ fit à conjuncta persona & ascendente: hæc quæ ab extraneo, & saltem tribuit jus succedendi patri adoptivo ab intestato: qualis non est proprius effectus patriæ potestatis: ergo & ejusmodi adoptio impropria & potius nominalis, quam realis erit, *d. l. pen. & l. 3. eod.*

Species.

Plena vel minus plena adoptio.

Et eum qui adoptatur consentire) Multis differunt adoptio & arrogatio: inter cætera & in illo, quod in arrogatione requiratur expressa voluntas arrogati, propter maximum præjudicium, *l. 5. h. t. adde §. 3. I. h. l. 17. & seqq. h. t.* in adoptione, ut uterque, filius sc. & pater consentiant, ubi tamen consensus patris tacitus sufficit vel signo, nutu, scripturave declaratus, *l. 17. h.* modò filius expresse non contradicat, *d. l. 5.* quod sc. pater eligens adoptionem filio suo bene prospicere præsumatur.

Diff. adopt. & arrog.

Inter quos jura agnationis) h. e. filii aut filiæ meæ in potestate existentis, quibus q. agnascitur is quem adopto, *l. 23. h.* consensus non requiritur.

Non possunt fœminæ) §. 10. *I. h. t.* (1) quod patria potestas soli patri, non matri competat, *d. §. 10. & §. 3. de hered. qual. & diff.* (2) quod pater sit caput familiæ, qui uxori & liberis imperet. Ex singularibus autem justi principis, indulgentiâ & privilegio ejus adoptare possunt fœminæ, *d. §. 10.* sed ad hoc ut habeant hæredem, *arg. §. 2. eod.* non ut habeant in patria potestate, *d. §. 3.* cum ubi ster subjecti qualitas. Fit ergo hoc modo filius sed non filiusf. Diss. Crispin. in *d. §. 10. tit. 1.* putans adoptare posse mulierem ad effectum consequendi juris trium liberorum, *per l. 5. C. h.* Verùm & illa l. nihil de hoc asserit, & aliàs constat ad jus liberorum non proficere liberos adoptivos, sed tantùm proprios, *arg. pr. de excus. tut. junct. l. 135. de V. S.* Prædicta verò ex eadem ratione obtinent in arrogatione (1) *per l. 3. C. h. t.* (2) quod arrogatio sit causa efficiens patriæ potestatis, cujus mulierem esse incapacem non est dubium.

Fœminæ non adoptant.

Spadonibus) Spado dicitur (1) generaliter quicunq; natura, arte aut morbo aliave ratione nequit generare: quomodo etiam castrati, item thlibiæ & thlasiæ spadones dicuntur, *l. 128. de V. S. junct. l. 39. §. 1. de jur. dot.* (2) in specie is qui membris corporis integris ac incorruptis, per temporale aliquod sanabile vitium nequit liberos procreare, *l. 6. pr. circ. fin. de lib. & posth. hered. l. 6. §. f. de adil. edict.* Et hoc modo spado à prædictis differt. Castratus enim est spado qui propter exsecta virilia non habet spem prolis suscipiendæ. Thlibiæ & thlasiæ quibus attriti vel contusi sunt testiculi, ita ut vel emarcuerint vel contabuerint, & tanquam emortua membra propendeant, exiles & frigidi, nullisq; usui amplius apti. De quibus ergo minùs rectè affirmat Joh. Calvin. *in lexico verb. Thlasia* quod possint vitio sublato generare, hoc nomine notatus Paulo Zacchiæ *quæst. Medico leg. lib. 3. t. 1. q. 9. n. 16.* Spado itaque cui necessaria illa pars corporis, ut dicitur in *l. 7. de adil. edict.* abest, vel in totum, naturâ aut injuria hominum, ut est castratus, eunuchus, vel quoad partem ut thlibiæ & thlasiæ, quia generare non possunt, nec possunt adoptare, *arg. d. l. 7. & per l. 5. ad l. Cor. de sicar.* quamvis quoad hoc dissentiat Vult. *ad §. 9. I. h. t.* Spado verò in specie sic dictus, de quo intelligendus *d. §. 9. l. 2. §. 1. t. 40. § ult. h. t.* ut & is qui unum testiculum habet, *l. 6. § f. de adil. edict.* adoptare potest, quia possunt generare. Neque officit *d. §. 9* ubi dicitur quod spadones qui generare non possunt, possint adoptare. Nam intelligendum hoc de spadonibus qui actu saltem generare nequeunt, potentia tamen & per naturam sublato vitio, aut Medicorum adhibito auxilio, possunt. Conf. Gœdd. *ad d. l. 128. de V. S.* Cæterum dependere hæc ex principiis naturalibus, i. Physicis manifestissimum est, vid. Paul. Zach *q. M. leg. l. 3. t. 1. q. 9. n. 16.*

Nec spadones, & qui.

Qui tales & ut differant è thlib. & thlas.

Minor decem & octo annis) Ut si adoptandus est 12. annor. requiritur ut ipse sit natus annos 30. & sic deinceps. Objicitur: natus 14. annos per naturam potest esse pater, *pr. Inst. de nupt.* E. & adoptare, *arg. §. 4. ibi: adoptio enim naturam imitatur h. t.* Respondet A. natum 14. annos vix per ætatem patrem esse, quam rationem laborare rectè animadvertit b. Bach. Cui tamen non adstipulandum in eo, quod putat hujus accuratam rationem dari non posse. Enimverò 1. in adoptionibus requiritur plena pubertas (quæ in mare est 18. annorum) *l. 14. §. 1. h.* in nuptiis contrahendis & tutelis minus plena, *d. pr. de nupt. pr. quib. mod. tut. fin.* 2. Nuptiæ naturam imitantur (dum eas non potest contrahere nisi qui per naturam pater existere potest.) ut & adoptio: sed hæc magis, dum non solùm attendit, an quis per naturam generare possit, *d. §. 4. ibi: & pro monstro est h.* sed & majus in suis subjectis judicium requirit: quæ rationes hîc non sunt separandæ sed conjungendæ. *in d. l. 9.* utique legi poliovæ sufficientes.

Ætas adoptantis.

Præterea videndum est) Quæritur *ex l. 17. §. 3. h.* an qui unum aut plures liberos habet, naturales vel adoptivos possit insuper adoptare? Quod negatur, per subjectas duas rationes. Verùm exceptio est, si fortè filios sit furiosus, aut corpore vitioso, aut ad generandum ineptus, aut vitæ desperatæ, quod humanitas suadet, *arg. l. 15. §. f. ibi: justam causam h. t.* Deinde exceptio est *in §. 7. I. h. §. 5. & 6. eod. l. 10. 11. 15. §. 1. l. 23. & seqq. h. t.* Vid. Don. *2. com. 23. Boc. cl. 1. disp. 11. th. 12.*

An qui liberos habet, possit adoptare,

Semel à patre adoptivo emancipatus) *l. 37. §. 3. h.* Objicitur *l. 12. eod.* ubi dicitur, quod liberatus semel patria potestate, possit adoptari iterum: Respondemus distinguendo inter eum qui liberatus est potestate patria, qui vel filius adoptivus, vel naturalis. Ille, sive emancipatione, sive adoptione sit solutus, iterum adoptari nequit, odio, ut A. ait, levitatis, *d. l. 37. §. 1.* ex principiis justi ab odio deductis, at filius naturalis priori modo liberatus patria potestate, per adoptionem

Expl. l. 17. h. & l. 12.

nem in eam reverti potest, *d. l. 12.* cessatque tum ratio prohibitionis.

Tutor nō arrogat. pupillum.

Si tutor ad evitandam) Tutor impuberem pupillum suum regulariter arrogare prohibetur, ne sit in potestate tutorum & finire tutelam, & substitutionem fortè à patre factam extinguere, *l. 17. §. 1. h. t.* Verùm refragari videtur, *l. 32. §. 1. eod.* ubi ex rescripto Antonini tutori privignum suum adoptare permittitur. Respondent Dd. variè; sed simplicior & rectior responsio est *in d. l. 17. §. 1. in f.* esse regulam, & exceptionem *in pr. ejusd. §.* sc. nisi tutor ex naturali cognatione vel sanctissima affectione ductus, arrogationem elegerit; & in terminis hujus exceptionis etiam *d. l. 32. §. 1.* est intelligenda: quod equidem justum esse juxta principia à justitia benigna promanantia apertissimum est.

Adopt. vel jurid.

N. V. *Apud magistratum*) Non tamen exinde sequitur, magistratum ab adoptante vel adoptato diversum esse debere. Si enim ipse filiusfam. adoptandus magistratum gerat, apud semetipsum in adoptionem dari potest, *l. 3. h.* & apud semetipsum quoque in adoptionem dare potest magistratus, si paterf. sit, & in potestate filios habeat *l. 4. eod.* Est enim hic actus non contentiosæ sed voluntariæ jurisdictionis *l. 2. pr. de off. procons.* quales exercentur non nisi in volentes, adeoque magna causæ cognitione opus non habent. Vid. Gl. *in l. 3. & 4. h. t.*

Acta quid

Actis publicis) *Ad acta, apud acta, inter acta, actis intervenientibus*, idem valent quod *coram magistratu, in loco publico l. 2. l. 5. §. f. de appell. §. 8. quib. mod. p. p. f.* Acta autem (aliàs gesta *l. 31. C. de donat.* & monumenta *l. 23. C. de testam.*) erant scripta & commentarii publici, in quos ea quæ vel in consistoriis Principum, vel in Auditoriis Præsidum aut magistratuum gerebantur, conjicerentur, *l. 45. & 46. de.*

Scriptura hic requiritur.

Scripturis interventientibus) Quæstio est, *An ad hoc ut adoptio coram magistratu fiat, scriptura requiratur?* A. noster h. *& infr. n. 7.* id affirmat, quod intelligendum quoad formam probatoriam, quia acta quæ intervenire debent, *§. 8. quib. mod. I. p. p. solv. l. f. C. h.* sunt nihil aliud quam scripta monumenta, ex quibus de gestis apud judicem constare solet. Ex quo anno 1627. d. 17. Aug. ad requisitionem Henrici Schleusinger respondit Colleg. nostr. Jurid. Verhelt sichs mit L. adoption nicht anders/ und es ist dieselbe nicht vor der Obrigkeit geschehen/ noch actis insinuiret/ oder einiger Schein der Obrigkeit/ dadurch sie gänzlich angenommen und bestetiget/ verhanden: so kan und mag die L. sich auff solche adoption mit grunde nicht steuren noch ziehen: Cæteroquin, si modò facta sit coram magistratu, licet actorum tenor non existat, valebit, si aliunde constet de indubia ejus probatione *l. 11. C. de fid. instr. & quoniam de probat.* ne veritati officiatur, *l. 2. C. de emanc. lib.*

Jur. Sax. ut dixi) Jure enim civili potest fieri adoptio coram quocunque magistratu, etiam defensore civitatis qui minimus est, *§. 1. verb. imperio magistratus de adopt. arg. N. 15. c. 2. & 3.* at I. Sax. non nisi coram judice pro tribunali sedente, per text. Landt R. *lib. 2. art.* 30. Vid. Coler. *p. 1. decis.* n. 2.

N. VI. *Non jus confert sanguinis*) h. e. non fit inde naturali jure cognatus, nisi per consequentiam; nam quibus quis agnascitur per adoptionem jure civili, iis etiam fit cognatus, quia fit ejusdem agnatus ratione familiæ *l. 23. h. t.* Confert itaque adoptio jus agnationis. Unde Q. an adoptatus à nobili plebeius etiam fiat nobilis? Affirmat id Jac. Rick. *de un. prol. c. 9. n. 47.* indistinctè. Distinguit Gothofr. *ad l. 1. §. 4. unde cogn.* inter *genus* seu originem, & *gentem*, seu jura & insignia gentis: ita ut plebejus adoptatus à quovis nobili fiat talis quoad gentem: non quoad ge-

Q. de nobili adoptante.

nus. Verius dicitur cum Dd. comm. plebejum, nobilem effici adoptatum ab avo materno, non verò ab alio extraneo. (1) quia adoptione dignitas augetur, *l. 35. h. t. junct. l. 5. de senatoribus.* (2) dignitas adoptantis communicatur adoptivo, (3) quia adoptio confert jus agnationis gentisque, *d. l. 23. h. t.* ac jus familiæ, *l. 1. eod.* quo ipso etiā ejus gentis insignia, sacra, aliaque eidem competentia consequitur, *l. 1. §. 4. und cogn.* Trentl. *h. tit. concl. a. & ibid.* Bach. Tim. Fab. *6. animadv.* 10. Theod. Höping. *de jur. insign. c. 7. n. 262.* Confer tamen Tiraquell. *de nobilit. c. 15. n. 5. & 6.* de nobilitate per sanguinem procreata.

An ad indistinctè sint in pot

In omnibus) Olim liberi à quovis adoptati in adoptantis potestatem transierunt, *arg. §. sed hodie h. t. & text. hic cit.* Sed falsum est quod ait A. id etiam nunc durare, si pater adoptivus extraneus ante emancipationem decedat, (1) quia paucis lineis in seqq. *ibi: ut adoptivus in potestatem adoptantis hodie non transeat, nisi &c.* ipse contrarium affirmat *per l. pen. in f. C. h. t.* (2) si pater adoptativus post emancipationem moriatur, jam certum est quod filius adoptivus non sit in potestate nec amplius de eo quæritur. (3) si ante decedat, nec tunc tamen filius in potestate est, utpote jure novissimo *d. l. pen.* prohibente. Add. Molin. *de I. & I. 1. disp.* 227. *n.* 18.

Adoptio an operet. patr. potest.

Nisi cum avi materni sacris.) Hodie non omnis adoptio inducit patriam potestatem, sed dist. est inter adoptionem factam à conjuncta persona & factam ab extraneo. Illa (quam supra adoptionem propriam aut plenam vocavimus) ut & arrogatio, adhuc patriam potestatem conferunt *d. l. pen.* Hæc autem tantùm jus succedendi patri adoptivo ab intestato tribuit, nullam verò potestatem patriam (1) per *d. §. 2. Inst. & l. pen. C. h.* ubi dicitur ad patrem ejusmodi adoptivum nihil transire sc. patriæ potestatis: (2) istiusmodi filio adoptivo non quæritur jus familiæ, *arg. d. §. 2. ibi: ut & in familia & in potestate h. t.* Dissentiunt ab hac sententia Anton. Matth. *in not. ad §. 2. I. h.* Arumæ. *exerc. 2. th. 20.* & alii pauci, quibus novissimè & satis respondit D. Erasm. Ungep. *exercit. 3. q. 9.*

Usus adopt. præc. per union. prolium.

Unde etiam hodie) Arrogatio aut adoptio formalis nunc non admodum est in usu, neque tamen planè rejicienda, ut velle videtur Petr. Gregor. 10. *synt. jur. 6. in f.* Illius loco magis frequentatur unio prolium, die Einkindschafft; Per hanc enim duorum conjugum ex diversis matrimoniis jam ante procreati liberi per nuptias solent ita uniri, ut utrique conjugi pro naturalibus liberis habeantur & æquè succedant. Multis in locis de hac unione prolium singularia extant statuta, præcipuè Francofurti & Moguntiæ, hoc nomine præ cæteris insignia. Quin nunc ita obtinet, ut receptissima totius Germaniæ consuetudine ejusmodi unionem cuivis celebrare liceat, per pactum successorium acquirendæ hæreditatis, quod aliàs jur. civ. est incognitum. Vid. Rickium *sing. tr. de Union. prol.* Gail. 2. *obs.* 125. Wehner. *in obs. pract. verb.* Einkindschafft. Christoph. Besold. *eod. verb.* Dissert. n. *de jur. rer. concl. 74. & seqq.*

Adæquatio adopt. cum nat. & legit.

Eo loco quo filii naturales) Adoptatus enim & arrogatus assimilatur ei qui ex legitimo matrimonio natus est, *§. 8. h.* & ad vicem naturalis & legitimi filii habetur, *l. 5. C. h. t.* Nam hactenus adoptio dicitur similitudo naturæ Cajo *lib. 1. Inst.* & Papiniano naturæ imago, *l. 23. de lib. & posth. hered.* Multi enim, inquit Timotheus Episcopus, citante Tiallingo ab Eyssingha *ad d. §. 8. Inst. h. t. filios non habentes, quærunt quibus substantiam propria facultatis addicant, i. e. quibus umbratile aliquod propinquitatis nomen inscribant, quos sibi q. adoptatos imaginarii parentes filios faciant; & in eorum locum, qui non sunt, pignorum perfidia vetante,*

succe-

succedant. Exemplum veteris adoptionis naturalium ponit Grot. *de I.B. & P.lib.2.c.7.num.8.circ.fin.* in Jacobi filiis, qui adæquati à patre sunt liberarum mulierum filiis, & æquis partibus ad hæreditatem venerunt. Adde Christoph. Besold. *thes.pract.verb.* Angewünschte Kinder *n.75. & ibi: in not.* Speidel. Dependent verò hæc ex principiis juris gentium, quod naturam imitatum fuit, defectum ejus supplendo, & filium ascititium pro naturali assumendo; perinde ut & tutela juri naturali adminiculatur, ut is qui perfectæ ætatis non est, alterius tutela regatur, §.*pen.de Attil.tut.* Ars enim sic imitatur naturam tutelæ inductione.

Ut hodie patr. pot. solvatur.

N. VII. *Hodie vis antiquatus*) Nec hodie Justinianea emancipatio est in usu, sed per totam fere Europam consuetudine inductum, hodie filium pro emancipato haberi tribus modis (1) simul ac pater ei proprias negotiationes permittat, (2) si filius separatim habitet, Dn. Frantk. *tr. ad l. Gallus. de lib. & posth. t. disp. n.12. & seqq. m.3.* & (3) si uxorem ducat. Perpetuum tamen hocce non esse, præsertim quoad nuptias, *ex Ref Nor.l.29.§.1.* rectè notat D. Ludvvell. *ad Inst.disp.2.th.ult.lit.c.* Franck. *ad d l.nu.15. & seqq.* Dn. Carpz. *p.2.§.10.def.3.* & patebit de jure Sax. idem *ex seqq.*

An Jure Sax. per nupt.

Jure vero Sax. per nuptias) Sed jure illo Sax. indistinctè hoc verum non est. Nam vel quæritur de nuptiis liberorum, vel de eorundem separatione. Quoad illas distinguendum est inter filios & filias, nam licet per matrimonium filiæ statim patria potestas solvatur, Landr. *lib. 3. art. 45. verb.* der man ist auch ꝛc. etiamsi adhuc ædibus patris fruatur. Landr. *lib.1.art.31.ibi:* sie sondern sich mit der Kost oder nicht ꝛc. filius tamen uxorem qui duxit, propterea potestati patris se subtrahere non potest. Ratio diversitatis illo jure est, quod mulier nubens transeat in tutelam & curam sui mariti, quæ ratio cum in filiis cesset, sequitur eosdem non transire ex patris potestate. Vid. Besold. *in addit.ad Coler.p.2.dec.222.n.17.* Quoad hanc sc. separationem bonorum, dist. est inter liberos majorennes & minorennes. Illi sive masculi sive fœminæ tantùm, hoc modo patriæ potestati eximuntur, hi verò non item. Dan. Moller. *ad p.2.const.Sax.19.n.9. & seqq.*

An per separat.

Quanquam hoc receptum magis) Atque ita separationem, licet judicialiter facta non fuerit, in foro Sax. effectum emancipationis sortiri, & exemptionem à patria potestate inducere verius est, ceu notavit ipse Autor *ad Schneidevv.num.47 lit.c. I. de patr.pot.* Adde de Separatione liberorum passim nunc recepta Ern. Cothm. *2.cons.96.n.20. & 4.cons.6.n.14.* Jus Lübec. *tr.2.art.33 & 34.ibique* D. Mev. Besold. *ib pr.v.* Abgesonderte Kinder *n.5.*

Etiam extra judicialem.

Ita ut scriptura) Scil. quoad formam probatoriam, juxta not. *ad §.5.verb.scripturis.* per *l.3. & 6.C.de emanc. liber.junct.l.2. C.eod. & l.11. C. de fid.instr.c.quoniam d. prob.* Add. D. Peretz *C.de emanc.lib.n.3.*

Scriptura interven.

Illud) Notandi hîc effectus emancipationis præcipui. 1. Potest filius emancipatus quandocunque & quamlibet uxorem ducere, *l.25.de rit.nupt.*2. sibi acquirit, *pr. & §.1.per quas pers.cuique acq.*3. agere potest contra parentes, *l.4.de indic.*4. de bonis suis testamentum facit. Omnia enim hæc consequentia sunt cessantis patriæ potestatis. Usumfructum tamen, licet emancipatus sit, non acquirit, sed is jure nostro apud patrem quoad vitam permanet, *l.1. & l.f.C.de bon. matern.* secus ac jure Saxonico. Carpz. *d. c.10. d.5.n.6.*

Effectus emancip.

TITULUS VIII.

De Rerum divisione, & qualitate.

ET hactenus quidem de Jure Personarum summatim dictum est: nunc ad secundum juris objectum, videlicet Res, descendamus. Rerum autem significatio varia est, *vide l 5.v.23 de verb.sign. Ias in l.1.n.43.de verb.signif alb.indictio,verb. Rest* divisio triplex: ac summa quidem & prima in duos articulos diducitur, *l.1.h t.*

1. *Aliæ res divini juris, aliæ humani.*

Nam aliæ res sunt Divini Juris, aliæ Humani.

Divini Juris sunt res sacræ, religiosæ & sanctæ, quæ in nullius existunt bonis: *§ Nullius, Inst eo.* Res sacræ sunt, quæ publicè, id est, publica authoritate, & jussu populi, olim a Consule, Dictatore, Imperatore, aut alioqui summo Magistratu, per solennia verba, præeunte, præfanteque carmen Pontifice summo: *l.in tantum,6 §.sacra.2 h t.§ sacra Inst.eo* Hodie verò in Repub. Christiana ab Antistite cujusque loci, Divino Numini consecrantur. *In novell.de Eccles.§.ut ne null fabr.orat.dom.tot tit. extr de cons Eccles.* Religiosæ res sunt, quæ privata alicujus voluntate & facto religioni dicantur: ut cum quis mortuum infert in locum suum, *d.l.in tantum,§ religiosum,3.§ religios Inst.eod* Sanctæ res sunt, quæ ab injuria hominum sanctione aliqua muniuntur. Propriéque sunt illæ, quæ nec sacræ, nec prophanæ verè dici possunt, sed sanctione, & pœnarum terrore à violatione defenduntur, *l sanctum,8 ubi Bud. hoc tit. Mace l.3 c 8.* In hisce autem rebus numerantur Sanctiones Legum, *l.sanctio,41 de pæn l sacra 9.§.propriè,2 h.t.* Muri & portæ civitatum: quia pœna capitis constituta est in eos, qui hæc violant, *d l.sanctum,d.l. sacra l fin h.t.*

2. *Res sacræ, religiosa, sancta.*

Humani Juris omnes eæ res esse putantur, quæ plerunque in alicujus sunt bonis, & ad homines pertinent, *l.1. in princ.* Hæ autem res, quæ humani sunt juris, iterum ita dividuntur, ut aut publicæ sint, aut privatæ. Publicæ sunt, quæ vel jure naturali communes sunt omnium: eoque nullius in bonis esse creduntur: vel jure gentium, aut civili publicæ, eoque Imperii, & populi sunt Rom. Privatæ sunt, quæ ad singulos pertinent, *d.l.1 h t.* Et quidem naturali jure communia sunt, aer, aqua: quocunque ex loco, sive cælo, sive terra, sive in flumine, sive rivo, aut ex fonte in publicum, *vide qua dixi ad § 1.Inst.de rer.divis* profluens: mare, & per hoc littora maris: item lapilli & gemmæ, cæteraque, quæ in mari, aut in littore inveniuntur, *l. 2. & 3. h.tit.* Harum rerum usus jure naturæ omnibus communis est, atque ita communis est, ut utendo quis proprietatem etiam acquirere possit: quomodo in mari inventa nostra fiunt: *l item lapilli,3 h t.* & ædificio in littore maris posito, soli quoque, cui ædificium impositum est, domini efficimur, *d l in tantum,h.t.* Publica sunt jure gentium ea, quorum usus publicus, & communis est, proprietas autem nullius privati, sed Imperii Rom. de hujus enim jure agimus, & eò accommodari divisiones putandum est: ut Flumina, Portus, Jus piscandi, Navigandi, usus Riparum, *l.Nemo,l.riparum,5.h.t §.flumina cum duob sequent Inst. eod* &c. quæ & proprietate & usu differunt à communibus. Nam primò communium proprietas nullius est, prout diximus: Publicarum rerum proprietas, etsi nullius sit in bonis & patrimonio, *l sed Celsus 9 l littora, de contrah empt.* tamen ad aliquem populum (unde & publicæ quasi alicujus populi dicuntur, *in princ Instit de pub iud.*) pertinet jure gentium: puta, aut occupatione veteri, qua quisque populus in divisione gentium vacua occupavit: aut occupatione belli ac victoriæ, qua res gentium victoris populi Romani factæ sunt, *l.3. Ne quid in loc pub l.bona 15.cum ll. seqq de verb signif* Secundò, rerum communium proprietas acquiri a singulis, ut dictum est, potest, quia nullius est in bonis: Res publicæ acquiri hoc modo per occupationem a singulis non possunt, quia sunt factæ alicujus populi, *d. l.3 Ne quid in loc.pu.l quod in littore,14. de acqu. rer dom* cujus jus suum auferri nequit, *l.ult.de pa. l.ad quod nostrus, de reg jur. l ult ubi Ias. num. 3. 4. C. si contra util publ.* Vacua enim occupatione quæruntur, non etiam jam alteri quæsita, & publicè privatéve possessa, *vide qua dixi in § 1. & §. fera, 8. cum seq. Inst. de rer. divis.* Tertiò differunt usu. Nam communium usus indifferenter omnium est hominum, ut apud Poetam:

3. *Res publica, communes, & privata, earumque differentia.*

Quid prohibetis aquas, usus communis aquarum est.
Item:
——— *Littusque rogamus*
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

At usus rerum publicarum non est omnibus communis, sed alicujus tantùm populi, putà Romani, *l. 2. & l. 3. de fluminib. l. 5. Ne quid in l. pub* aut cujus res sunt publicæ: cujus populi duntaxat cives, subditi & socii his rebus uti possunt, jure civili publica sunt, quæ non ad omnes homines, neque universum populum regionis, sed aliquam civitatem pertinent, ut theatra, stadia, & si quæ sunt alia communia civitatum, *§ riparum, Inst. de rer. divis.* quæ procul dubio ab universalibus rebus populi, veluti magis speciales distant. Verbi gratia: Theatra urbis Romæ illius sunt urbis, & civium in illa habitantium, non etiam totius populi Romani per omnes provincias diffusi: nec contra publicæ res populi Romani, quæ ad Imperium, Majestatémque populi pertinent, hodie Regalia dicuntur, *in usib. feud. tit. quæ sint Regal.* ad illam Romæ universitatem pertinere existimandæ sunt, maximè tempore Justiniani, quo imperium & jus publicum populi ab urbe Roma erat separatum, & in Thraciam, scilicet Constantinopolim, quæ sedes tum Principum fuit, & nova Roma dicta est, translatum. Res igitur publicæ, & proprietate & usu, referuntur universaliter ad populum, longè latéque diffusum, & præsertim in jure nostro Rom. ad Imperium pop. Rom. Universitatis verò res, ad civitatem, communitatemque certo loco circumscriptam. Ab his autem multùm distant res, quæ sunt in publico civitatis patrimonio: *vide d. l. sed Celsus, 9. de cont. empt. l. op. in litor. 14 de acqu. rer dom.* nam hæ jure privatorum possidentur, & sunt in dominio Reipub. nec usus earum ad singulos pertinet, sed in Reipub. patrimonium convertitur: at res universitatis, de quibus hic agimus, propriè nullius sunt in bonis: usu verò singulis patent. Pleraque verò privata sunt, hoc est singulorum, quæ variis ex causis, ut traditione, occupatione, usucapione, cuique acquiruntur, *§ singulorum, Instit. eod. ubi de tota hac materia vide, quæ scripsi.*

4. *Res corporales, incorporales: earumque qualitates, ac discrimina.*

Tertiò, Res dividuntur in corporales & incorporales: quarum hæ tantum intelliguntur, ut sunt, quæ in jure consistunt, servitutes, obligationes, &c. illæ corporaliter existunt, & sub aspectum oculorum, sensumque tactus cadunt: veluti fundus, vestis, homo, aurum, aliæque res innumerabiles, *d. l. 1. § quædam.* Tangere enim, aut tangi, nisi corpus, nulla potest res: ut est apud Lucretium. Rerum qualitates vocant J C. propria & accidentia, quæ sunt extra rerum substantiam: ut quod res corporales tangi, possideri, detineri, & consequenter usucapi possint: *l. 3. & l. 8. de acqu. possess.* Incorporales propriè nec traduntur, *l. servus, 43. § incorporales, de acquir. rer. dom. l. 3. § si iter. de act. empt. l. si ego, 11. §. 1. de pub. in rem actio.* neque possideantur, *l. sequitur, 4. § si viam, de usucap.* nec usucapiantur, *d. § si viam, l. servitutes, 4. de servit.* quòd corporales divisionem recipiant, *Inst. & usu. & hab. in princ.* vel natura, vel saltem intellectu, *l. Mævius, 66. §. 1. de leg. 2. l. in executione, 85. de verbo oblig.* & aut immobiles, aut moventes sint *l. moventium, 93. de verbor signific. in princ. Inst. de usucap.* Incorporales nec dividi possint, *l. 2. § & harum, ubi Ias. num. 2. l. stipulationes, 72. ubi Bart. de verb. oblig. l. via, 17. de servitut.* neque ad numerum mobilium, immobiliúmve aggregari, *l. à divo Pio, 15. § in venditione, ubi Ias. de re jud. l. quàm Tuberonus, 7. ubi Bart. de pecul.* nisi per interpretationem, cum pro subjecta materia id fieri necesse est; qua casu plerumque pro immobilibus habentur, *l. 2. C. de servit. vide l. jubemus, 14. ubi Dd. C. de sacros. Eccles. & in l. C. si advers. transf. lvid Tiraqu. in retract. lig. gloss. 6. & 7. §. 1.* ut & immobilia, quæ vel solo cohærent, velut molendina, *c. 1. in fin. de serv. cognit. Curt. de feud. parte 1. quæst. 6. Ias. l. quod minus, num. 120. de fluminib.* fodinæ, *l. 3. §. ult. de reb. eor. vide Zobell. art. 31. lib. 1.* vel ad Jus Incorporale pertinent, nec per se considerantur, ut res hæreditariæ, *l. 4. ubi Castr. C. in quib. caus. cessat long. temp. præscri. & l. 2. C. de petit. hær.* fundive, *l. fundi, 17. de act. empt. vide tit. de fund. instru.* aut castro, *c. 1. ubi Bald. Cujac. & alii de ca. quæ cur. vend.* ut ibi perpetuò sint, *d. l. fundi, & de fund. instruct.* assignatæ. Corporales olim dividebantur in eas, quæ essent Italici juris, & Provinciales, *in princ. Inst. de usucap.* & hæ rursus in Stipendiarias populi, & Tributarias Principis, *l. inter. 42. de pac. § per traditionem, ubi Theoph. Instit. de rer. divis.* Sed hæc discrimina Justinianus sustulit, *l. unic. C. de usucap. transfor. in princ. Inst. de usucap.*

OBSERVATA.

1 *An res hic juris objectum.*

N. I. *Secundum juris objectum.*) Ita & Bachov. *in not. h.* quod falsum esse, si accuratè loquamur, patet ex superioribus. Non in res, quibus de hic agitur, (neque enim hæ justæ vel injustæ dicuntur) sed in negotia sive actiones hominum finis jurisprudentiæ inducitur ut illæ justæ sint: (hæ enim justæ & præstantissimæ dicuntur à virtutibus præstantissimis, *2. Eud. 1. F. Rhet. ad Alex. Reg. c. f.* adeoque & à legibus) quibus ipsis versatur homo circa res in operatione, quatenus contrahit, delinquit, dominium, hæreditatem acquirit, conservat, amittit. Cæterùm juxta mentem JCtorum *l. 1. de statu hom.* pertineret huc tractatus omnis de rebus, qui duobus capitibus absolvitur. 1. rerum differentiis & qualitate. 2. jure rerum. Hoc dicitur ex quo sunt actiones personales & reales. Et est vel in re vel ad rem *l. 3. l. 25. de O. & A. l. junct. §. 1. I. de act.* (suntque causa efficiens proxima dictarum actionum *cit. textib.*) de quibus latius egimus diss. *de jure rerum tertium edita*, juxta quæ etiam proceditur in Instit. Hoc titulo saltem agitur de nonnullis rerum differentiis, per propositas earum divisiones.

Summa rer. divisio in div. & hum. juris.

Ac summa quidem) Dicitur summa, inprimis quia Juridica est, altera verò vulgaris & Physicæ communis. Prior summa vocant Autori quæ Gaji est (*in l. 1. h.* quod res vel divinæ sint vel humanæ,) sc. in Schola JCtorum, (ex principiis juridicis dependens) & ratione subjectæ materiæ sive in tractatu de rebus. Quæcunque enim sunt res (in patrimonio vel non, corporales vel incorporales,) sub ista divisione continentur, perinde ut omnia mundi jura complectitur & summa est divisio juris in publicum & privatum. Altera divisio rerum corporabilium & incorporabilium hoc sensu summa non est JCtis, quamvis talis dici possit absolutè considerata & in Philosophia; secundum locum Senecæ citatum Dn. Ungepauro *exerc. 5. §. 9. in pr.*

Æquipollentes rerum divisiones.

Nam aliæ res sunt divini) Æquipollentes ferè divisiones sunt 1. rerum quæ in patrimonio & extra patrimonium (vocabolo hoc latissime accepto) *pr. I. h. t. l. rei appellatio de V. S.* 2. quæ in bonis & extra bona, *arg. l. 49. de V. S.* 3. quæ diviti & humani juris, *arg. l. 1. h. t.* Dicuntur autem hîc res divini aut humani juris sensu juridico, quatenus hoc nomine homo circa eas jus habere vel non habere potest, *arg. dict. l. 1.* Divini enim juris sunt illa quæ non sunt in hominum jure & potestate, ideoque extra commercium positæ, ut res sacræ, sanctæ & religiosæ. Dependent verò hæc ex divinis principiis; quatenus enim homo ad Dei imaginem factus est, res ejus ad Dei gloriam & honorem quoque pertinent.

Quinque modis res nullius.

Quæ in nullius) Res nullius dicuntur 5. modis. 1. censurâ, *ut h. t.* res divini juris, quia sunt nec in bonis nec usu hominum, *§. 7. h. t.* 2. facto, ut ea quæ pro derelictis habentur *§. 46.* 3. naturâ, ut feræ bestiæ *§. 12. h. t.* 4. tempore, ut thesaurus *§. 39.* 5. denique casu, ut hæreditas, & res hæreditariæ antequam aliquis hæres existat, *l. 1. eod.* quas hoc disticho placuit includere:
Censura, facto, natura, tempore, casu, res in nullius dicitur esse bonis.

Res sacræ quæ.

Sacra) Illo *§. 8. I. de rer. div.* dicitur quod res sacræ sint, quæ ritè per Pontifices Deo consecratæ, cui officere videtur, *l. 9. §. 1. l. 6. §. 3. h. t.* ubi per Principis dedicationem res sacræ fiunt. Resp. vel 1. cum A. hic, olim per summum magistratum factam esse consecrationem, præeunte tamen Pontifice Maximo præfante carmen.

carmen. Vid. de ritu hoc veteri Alexandr. Neapol. *lib.* 6. *c.* 14. *& lib.* 2. *c.* 8. & Liv. *lib.* 2. Vel 2. quod initio Pontifices sacra fecerint, quodque per illos factum, dici publicè factum, *l.* 6. §. 3. *h.* quia populi vice ac jussu sacris præfuerunt *arg. l.* 1. *quod jussu.* postea verò occupata à Cæsaribus Rep. & ipsi Cæsares usque ad Gratianum sibi Pontificis Maximi nomen sumpsisse. Hac ratione quod per Principem *in d. l.* 9. §. 1. consecratur, idem est cum eo quod consecratum per Pontificem *in* §. 8. *I. h. t.* In genere (sensu tamen juridico) res sacræ rectè dicuntur ex *l.* 6. §. 3. *h. qua publicè sunt consecrata*, h. e. auctoritate publica & solenni ritu divinis usibus destinatæ. Unde Festus *lib.* 17. *Sacrum est*, ait, *quodcunque, modo instituto civitatis consecratum sit, sive ædes, sive ara, sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud quod Diis dedicatum atque consecratum sit. Cum autem privati sua religionis causa aliquid earum Deo dedicant, id Pontifices Romani non existimavêre sacrum.* Ritus autem iste consecrandi diverso tempore diversus fuit.

Religiosæ.

Religiosæ) De his vide Giphanium, *ad* §. 9. §. 1. *I. h. t.* Locus enim purus, cujus in illo §. fit mentio, est, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus: sed ab omnibus hujusmodi nominibus vacare videtur, *l.* 2. §. *purus. de religio. & sumpt. fun.* Adde Gell. *l.* 4. *c.* 9.

Sanctæ.

Sancta) Rectè definit res sanctas, quæ ab injuria hominum sanctione aliqua & pœnæ terrore muniuntur, 1. *per l.* 8. *h. junct.* §. 10. *Inst. & l.* 9. §. 3. *eod.* 2. quod effectu, (seu quodammodo) sint divini juris *d.* §. 10. quatenus scil. ceu res sacræ & religiosæ, ab injuriis hominum defensæ. Hac ratione sanctæ dicuntur (1) jure gent. nonnullæ personæ, ut legati *l. fin. de legation.* parentes, Magistratus: (2) jure civili res quædam, vallum, *l.* 3. §. *in bello de re milit.* portæ civitatis, muri §. 10. *I. h.* (3) leges *l.* 9. §. 3. *h.* quomodo & imperium sanctum dicitur, (q. sanctione confirmatum) Germ. Das heil. Röm. Reich Q. hic solet (1) *de portis an sint sancta?*

An portæ sacræ?

Et dubium id facit Alex. de Alex. *lib.* 6. *genit. dier.* 14. quod per portas munda & immunda inferri soleant. Sed Resp. & in loca sacra sæpe veniunt res non sacræ: unde tamen non contaminantur: ut nec divina, si quis noxius ea attingat. Q: (2) *an pœna capitis etiam in violatoribus murorum civitatis municipalis obtineat?* quod ex jure Rom. affirmandum 1. per generalitatem §. 10. *Inst. h. t.* 2. in municipiis (ubi iidem cives sunt Romani. *arg. l.* 17. *de statu hom.* muri quoque sunt sancti, *l.* 8. §. *f. & l. f. h. t.* Plura vid. ap. Timæ. Fabr. *disp. anniv.* 10. *th.* 6. *lit. b.* rectè hoc affirmantem cum Hotomanno, Goddæo & aliis Dn. Carpzovio citatis *in prax. crim. p.* 1. *q.* 40. *n.* 20. *& seqq.* In praxi tamen usque illud non observatur, nisi in muris portisque animo hostili transcensis, castris Principum & propu[gn]aculis.

An muri & portæ.

Res humani juris quæ & quotuplices.

N. III. *Humani juris*) Nam quatenus homo partim è mundo sumptus ac decerptus est, ita quoque res ejus partim spectant ad humanas necessitates. Unde hæc divisio rerum ab humanis seu politicis principiis proficiscitur. Humani juris res sunt quæ in hominum jure & potestate, *arg. l.* 1. *h. t.* Hæ rursum publicæ vel privatæ. Publicæ hîc dicuntur, quæ non sunt in bonis alicujus privati hominis. Hæ vel jure gent. tales sunt, vel jure civ. Jure gent. publicæ sunt vel *communes*, vel *publicæ in specie* sic dictæ. Communes, quæ cum sint in usu omnium animantium, conceduntur tamen occupanti. Publicæ in specie, quæ sunt in dominio sive patrimonio Rom. aut alterius populi, usui tamen publico destinatæ, *l.* 14. *de acq. rer. dom.* Jure civ. publicæ dicuntur res universitatis, quæ scil. sunt in usu publico alicujus civitatis. Privatas res hîc appellamus, quæ singulis acquisitæ sunt aliquo eorum modorum, qui ad transferendum dominium habiles. Atque hæc sunt indubitata hujus divisionis fundamenta.

Publicæ res ambig.

Publica sunt) Publicæ res dici possunt dupliciter 1. quæ & patrimonio & usu sunt publicæ, scil. ratione Reip. vel communitatis possidentis, ut res fisci, bona civitatis, vectigalia, *l.* 17. *pr. &* §. 1. *de V. S. l.* 14. *vers. non ut ea de acq. rer. dom.* quæ huc propriè non pertinent, quia & usu & jure privatæ sunt, *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. publ.* 2. quæ usu singulis sunt publicæ, non patrimonio singulis. Ex hoc modo rerum tripliciter accipiuntur. 1. latissimè, quarum communissimus de jur. nat. est usus, *l.* 14. *pr. de acq. rer. dom. l.* 51. *de contrah. empt. l.* 45. *de usurp. & usuc.* quæ aliàs res communes dicuntur §. 1. *I. h. t.* quoque sensu littorum usus publicus est *in* §. 5. *I. eod.* 2. in specie quæ in ditione aut imperio quidem populi Romani aut alterius, usus tamen publico destinatæ *l.* 15. *de V. S.* §. 2. *d. t.* 3. strictissimè etiam res universitatis publicæ dicuntur quoad illarum usum *l.* 6. *de contr. empt.* §. 2. *de inut. stip.* §. *f. de empt. & vend.* oppositivè ad res privatas à quibus separantur, *l.* 7. §. *quod cujusque univ. l.* 15. *de V. S.*

Differ. rer. comm. & publicar.

Tertio differunt usu) Rectè; usus enim in rebus communibus laxior est, communis omnium hominum §. 1. *h.* at in publicis restrictus ad certum populum *l.* 2. *&* 3. *de flumin. l.* 15. *inf. de V. S.* Nec officit §. 2. *I. h. & l.* 7. §. 5. *de acq. rem. dom.* per quas nonnulli opinantur etiam res publicas omnibus omnino hominibus esse communes, atque ita usu non differre. Rectè enim ad §. 2. *verb. omnibus* respondet Tim. Fab. *d. disp.* 10. *lit. b.* vocem, *omnibus* dextrè hîc accipiendam, ut referatur ad eos omnes & solos quidem, qui sunt ex populo qui utitur, *l.* 30. §. 1. *de acq. rer. dom. l.* 2. §. 2. *ne quid in loc. publ.* perinde ferè ut in §. 1. *de I. n. g. &c.* jus naturale omnibus hominibus commune dicitur, omnibus nempe & solis. Ita etiam flumen & alveus dicitur esse publicus juris gentium *d. l.* 7. §. 5. *de acq. rer. dom.* sc. certæ alicujus gentis vel populi, per restrictivam jur. interpretationem, *arg. d. l.* 30. §. 1. *de acq. rer. dom.* quomodo & *in* §. 4. *I. h.* dicitur riparum usus publicus etiam jure gentium, non tamen juris gentium sc. universalis. Diss. Bachov. *in not. h.*

Divisio rerum in corp. & incorp.

N. IV. *Quarum hæ tantum intelliguntur*) incipit hic altera rerum divisio vulgaris, & JCto cum Physico communis, atque à Philosophis petita. Ita namque Seneca *in epist. quantumvis. c.* 58. *quod est*, ait, *aut corporale est, aut incorporale. Hoc ergo genus est primum & antiquissimum* (scil. in Philosophia) *& ut sic dicam, generale.* Et Augustin. *l. de divers. q.* 83. *q.* 6. *quod est, aut est corporeum aut incorporeum.* Deque mobilibus & immobilibus in Physicis agit Arist. 5. *phys. a. t.* 17. *&* 20. Hæc ergo divisio rerum Juris disciplinæ propria non est, quamvis in ea inveniatur, sed est assumpta, foris adducta ex Physicis principiis seu naturalibus. Juxta hæc namque alia sunt quæ sensu percipiuntur, alia quæ mentis cogitatione. Dicuntur autem res incorporales contra A. rectiùs ex *pr. Inst. de reb. corp. & incorp.* quæ tangi non possunt & in jure consistunt, h. e. quæ substantiantur, creantur, nominantur à jure, non quod reverà non sint, sed fingantur & q. sint, h. e. sint entia rationis, & non existant revera, ut putat Donell. & Vult. sed *quod non existant in substantia corporea sed incorporea*; quàm à jure acceptam habent, sicque in jure (non in corpore naturali) existere dicuntur, &, ceu jura, corporibus opponuntur, *l.* 2. §. *f. l.* 15. §. 2. *de prec. l.* 66. §. *pen. de leg.* 2. *l.* 11. *l.* 19. *de damn. inf.* Add. Bach. *in pr. d. t.*

Res incorporales non sunt entia rationis.

Res corp. quæ.

Sensumque tactus cadunt) Res corporales sunt quæ sui natura tangi possunt. Hinc eò pertinent, secundùm Physica principia, quoque res in cælo, ut stellæ, & in profundo maris existentes, quæ posteriores non rarò etiam in considerationem veniunt JCus *arg. l.* 8. *de L. Rhod.*

L. Rhod. de jact. auth. navigia C. de furt. & sufficit quod potentiâ suique natura tangi possint, licet non actu. Spectant enim ad hoc membrum divisionis quæcunque tangi aut demonstrari possunt, secundum sæpe dicta physica principia; quomodo Philosophus *3. de anima. c. 12. b* dicit: corpus *omne est tangibile, tangibile autem quod sensibile tactu.*

An incorpor. dominium.

Incorporales proprie nec traduntur.) Notat obiter ad hæc verba Bachov. ergo incorporalium rerum esse quoddam dominium, *per l. 3. de usufr. l. 10. si servit. vind. l. 11. §. 1 de publ. in rem. l. 2. §. ult. de precar.* Quod intelligo sic, ut velit Bachovius rerum incorporalium esse dominium in specie sic dictum, quatenus hoc reliquis juris in re speciebus opponitur. Concedo enim incorporalium rerum esse dominium, si vocem dominii capias in latissimo significatu, ut nimirum quodlibet jus circa rem denotat, exemplo *l. 22. l. 23. C. de proc.* cui æquipollet jus in re in idem in latissima significatione acceptum, *arg. l. 19. §. 2. verbis: in quibus. de hered. pet.* Rectius verò dicitur, jurium incorporalium esse jus circa rem, quam quod sit dominium. Nec enim sequitur, quarum rerum est traditio & possessio, illarum etiam est dominium in specie sic dictum. Quia I. hoc tum demum verum est, si ista sit mens tradentis, *l. 20. de acq. rer. dom §. 41. I. h. t.* juxta principia agentium, (potest enim tradi & exinde ut non dominium sed ususfructus, pignus vel aliud jus in re acquiratur, *l. 55. de O. & A.*) atque alia requisita dominii transferendi ex *d. §. 41.* concurrant. Nimirum earum rerum est dominium (in specie tale) quæ in corporibus dari possunt, affectu dominii transferendi, *d. §. 41. de rer. divis.* At res incorporales in corporibus dari non possunt affectu dominii transferendi. Ergo rerum incorporalium nullum est dominium in specie sic dictum. Si regeris, res incorporales tamen affectu dominii haberi & transferri posse, statim iterum dilaberis ad latissimam dominii acceptionem, atque de in specie dicto dominio, quo de tantum quæstio erat, nil concludis. II. q. traditio quidem est ususfructus, *d. l. 3. d. l. 10. & d. l. 11. §. 1.* item alterius juris in re, *d. l. 2. §. f.* at exinde non recte concluditur, ergo & eorum est dominium; cum mens agentium in istis ad jus quoddam in re transferendum quidem sit intenta, verùm non ad dominium. Non toleranda enim inde oriretur dominii in specie sic dicti, ejusque quod tale vocatur in latissimo saltem, quin & in improprio significatu, ignorata legibus confusio.

Mobiles.

Aut mobiles) Res corporales dividuntur in mobiles aut immobiles, aut se moventes *l. 1. pr. de ædil. ed. l. 4. C. fam. ercisc.* Vel (quod idem) res corporales sunt vel mobiles, vel immobiles *l. 15. §. 2. de re jud.* Illæ quæ de *loco moveri possunt*, suntque vel mobiles rursus in specie (quæ ab alio moveri possunt, de loco in locum, *l. 93. de verb. signif. l. 77. de leg. 3. l. 15. de re jud. l. 15. de furt.*) vel se moventes, hæque vel per se animatæ (naturalia corpora) *l. 1. §. 1. de R. V.* (quæ movere se possunt naturaliter, vel natatu, volatu, progressione aut aliis modis, Aristot. *de animal mot. c. 1.*) vel inanimatæ, quæ *d. §. 5.* sponte suo motu agitantur (artificialia) ut horologia, automata, *l. 41. l. 1t. de leg. 1. l. 12. §. 22. de instruct. leg.* quamvis hæ res mobiles appellitentur alio sensu, vid. Alciat. *5. parerg. c. 20.* Sed dicta distinctio (moventium & mobilium) non semper in legibus observatur, vid. *l. 1. 2. & 3. §. 1. & seqq. de supp. leg.* Wegn. *in d. l. 93. de V. S.* Hinc res mobiles & Germ. dici solent bewegliche Güter/ fahrnüß/ fahrende Haab/ alles das getrieben oder getragen werden mag/ oder alle leibliche Haab und Stück/ die sich entweder selbst bewegen/ als das Viehe/ oder von andern bewegt werden mögen/ als Golt/ Silber/ baar Gelt/ rc. Immobiles

Immobiles.

sunt quæ loco moveri nequeunt, & sunt iterum vel *solo*, sive solum, ut fundus, ager, *l. 7. de usufr. l. 1. de condict. tritic. l. 1. 15. 198. l. 31. l. 27. de V. S. ubique Wegn.* vel *solo cohærentes*, ut arbores in sylvis, fructus pendentes *l. 44. de R. V.* sive naturâ, *d. l. 44.* sive artificio, ut sunt affixa, quorum stirpes in terra defossa &c. *l. 17. l. 18. de act. empt.* add. Arist. *d. 5. phys. c. 2. text. 20.*

Mobiles ut pro immobilib.

Nisi per interpretationem) Incorporalia naturaliter & propriè pro immobilibus non habentur, quia non participant de natura communi rerum corporalium, quod est posse tangi sui naturâ, *pr. I. de reb. corp. & incorp.* Ita nec mobilia propriè sunt immobilia, & vice versa. Attamen aliquando ratione subjectæ materiæ, & civiliter per fictionem juris translativam de re ad rem, hæc aliter se habent. Sic enim aliquando res incorporales pro immobilibus, aliquando quæ mobilia pro immobilibus habentur. *Incorporales*, ut servitutes personales & reales *l. f. C. de long. temp. præscr. l. 2. C. de servitut. & aq.* feuda cameræ & cavenæ, jus venandi, vectigalia, decimæ, portoria, jus piscandi, jurisdictio reditus annui, *arg. l. 14. C. de ss. Eccl. N. 7. N. 120. c. 1.* annonæ civiles, *l. 14. ubi & G. C de SS. Eccles. Vid. Gail. 2. obs. 10. Myns. 1. obs. 69. n. 12.* Hæreditas, *arg. l. 208. de V. S. I. Inst. de reb. corp. & incorp.* (de qua infr.) & sic deinceps. *Mobiles* pro immobilibus habentur, ut semina in agris, die Saat/ arbores in sylvis, ratione cohærentiæ, *vid. Joh. Hering. de molendin. p. 114 n. 27.* fructus pendentes *d. l. 44.* Dieweil das getreidig dem Erdreich ungeledigt anhangt/ auch das Obs/ weil es auff dem Bäumen/ und die Weintrauben/ weil sie an den Stöcken/ stehen/ werden vor einen Anhang und Zugehörung deß Grundes und Bodens / und nicht vor fahrende Haab gehalten) mancipium rusticum, *arg. l. 7. 15. pr. & §. 1. C. de agric. censit. & l. 14. C. de ss Ecclesiis &c.* (glebæ enim s. terræ ita est addictum, ut nisi cum hac alienari nequeat.) fimus pecorum agro destinatus, sigilla, statuæ affixæ, claves, horologia affixa, *arg. d. l. 12. §. 23. de instr. leg.* venatores & canes venatici in fundo venatorio, granaria *l. granaria de act. empt.* sepulchra & sedilia in templis, instrumenta domus coquinariæ, braxatoriæ, *arg. l. 17. §. 7 de act. empt.* lecti in publico diversorio, ob cohærentiam: machinæ bellicæ castri ut perpetuò ibi sint destinatæ: sylva cædua & lapidicinæ, quæ sunt & cohærent in re immobili, nam quod cælum mobile est, *arg. l. 7. §. 13. sol. matr. add. l. 41. §. 1. de leg. 1. l. 14. de act. empt. l. 13. §. f. eod. t.* Verùm

Incorporales ut pro immobil.

Q. de molendinis.

Q. hic I. de Molendinis? Et Autor ea indistinctè ad immobilia refert. Alii dist. an 1. sint in terra aut ripis fluminum ædificata, Wassermühlen so dem Grunde und Boden anhangen: quæ immobilibus annumerantur, in tantum ut & rotæ, molæ & alia instrumenta per se mobilia, ad immobilia referantur, per *l. 18. de act. empt. l. 60. de acq. rer. dom.* An 2. instar navium, super fluminibus meent, Schiffmühlen molendina aquanea. An 3. pneumatica sint, quæ à ventis agitantur, Windmühlen. Et utraque pro mobilibus habentur Rudingero *3. obs. 68. arg. d. l. 60. de acq. rer. dom.* Sed rectiùs ista quoque inter res immobiles collocat Joh. Heringius *d. tr. de molend. q. 8. n. 16.* optimis argumentis. II. Q. de Fodinis? Deciditur hoc ex *arg. l. 3. §. f. junct. l. 4. & 5. de reb. cor.* quod sc. auri, argenti fodinæ, die Bergtheille/ ad res immobiles referantur propter subjectum cui adhærent. Quomodo recte Bach. h. notat non posse referri ad mobilia. Proventus tamen ex iis percepti, vulgò die Außbeute/ ad mobilia pertinent. III. Q. de pecuniâ? Et dist. est. Nam potest ea considerari dupliciter s. ut substantia quædam, species vel corpus aliquod certum, quod materia certa & certo pondere constat: & hactenus rectè dicitur res corporalis mobilis, *l. 94. §. 1. de solut. N. 22. c. 45. §. 2. 2.*

Fodinis.

Pecunia.

pro

& l.1. *de contr. empt.* l.46. *de condict. indeb.* l.95. *de leg.* 3. l.5. *de impens. in res dot.* Sed hoc excepto semper pro re corporali & mobili habetur. Etiam quando destinata emptioni rerum immobilium emptarum. Aut redacta ex venditione immobilium emptionique immobilium rursus est destinata. *Vid Gail.* 2. *obs.* 11. *Henr. Nebelkrä decis.* 11. *pr.* 1. Nec non quando ad cambium s. fœnori est destinata, *Menoch. lib.* 4. *præs.* 138. Vel etiam ad conservationem familiæ seu præsidii causâ reposita aut relicta, l.79. §.1. *de leg.* 3. IV. Q. de actionibus quo sint referendæ, an ad res mobiles an verò ad immobiles? Verissima sententia est, actiones & nomina (s. pecunias creditas außstehende Schulden) propriè nec res mobiles esse nec immobiles, *per* l.7. §. 4. *vers. vicarios, de pecul.* l.15. §.2. *de re judic.* l.1. *C. de præt. pign.* Quod si tamen ratione subjectæ materiæ aliquando referendæ sunt ad alterutram, tum competentes pro re mobili, ut condictio certi ex mutuo, ad pecuniam debitam) pro mobilibus, comparatæ vero pro rebus immobilibus, pro immobilibus habentur, *arg.* l.15. *de R.I. add.* l.86. *de leg.* 2. l.79. §.1. *de leg.* 3. Atque juxta hæc respondit Ordo Jurid. Acad. Juliæ quoad lectos publici diversorii versus Lipsiam Christoph. Schneider 15. Febr. anno 1603. Et sub discrimine der Erb: und Lehngüter distinctius C.H. anno 93. d. 20. Martii. Vid. Wehner. *obs. pract. verb.* fahrnuß & *verb.* Schulden.

Actionibus.

Vel ad jus incorporale) Sensus est, mobilia pro immobilibus habentur, vel quando solo cohærent, vel quando ad jus incorporale pertinent. Verùm res hæreditariæ quidem sunt res mobiles, licet in concreto considerentur, at rebus immobilibus annumerari non possunt, nisi fortè hæreditas pura immobilia contineat. Hæreditas vero ut denotat universitatem jurium & rerum, jus est, corporibusque quæ in hæreditate, opponitur, quia omnia defuncti bona, jura, onera, simul comprehendit, non res singulas seorsum l.208. *de V.S.* Quod de fundo castroque A. ait ita intelligendum censeo. Jumenta quando sunt in fundo, ut & pisces in piscina, si adsint propagationis & perpetui usus causa, (ut ibi crescant & multiplicentur) pro immobilibus habentur: si verò custodiæ tantum causâ, pro mobilibus. Bocer. *cl.* 4. *disp.* 1. *corol.* 2. Petr. Heig. 2. *quæst.* 15. *nu.* 6. Conf. Argent. 2. *cons.* 11. *nu.* 64. Andr. Knich. *de.* 5. *u. provoc.* 1. *c.* 5. §. Wasserfischeren. Rosenth. *de feud. c.* 10. *concl.* 42. *n.* 42. 61. & *seqq.* Atque in hisce rebus accuratè dignoscendis maxima hodiè ut hujus consistit utilitas, ut 1. in casibus ultimæ voluntatis & successionis, quando jure statutario vel consuetudine, defunctâ uxore mobilia pertinent ad maritum, immobilia vero ad hæredes, it. quod jure Sax. fructus pendentes pro mobilibus habentur: unde & maritus superstes unà cum aliis mobilibus etiam fructus agro defunctæ uxoris adhærentes & adhuc pendentes lucratur, Land-R. *lib.* 3. *art.* 76. 2. in materia legatorum. Mobilibus enim legatis fructùs pendentes non continentur, jure communi *d.* l.44. *de R.V.* secus ac jur. Sax. 3. in venditionibus rerum, in locatione, conductione, præscriptionibus. Add. Joseph. à Sesse *dec. Arrag.* 122. & 124. Anton. Monter. à Cueva *decis. regn. Arrag.* 26. Christin. 1. *dec. Belg.* 213. & 112. Besold. *th. pr. v.* ligende Güter *n.* 65. & *v.* fahrende Haab *n.* 4. Speidel. *in notat. hist. verb. iisdem* & Henng. *d. q.* 8. ubi *num.* 20. rectè dicit quinque ferè modis fieri quod res mobilis pro immobili habeatur, *facto hominis, legis potestate, attributione* seu destinatione, *surrogatione*, & à *subjecto*. Jungatur & de immobilibus Arist. *d.* 5. *Phys.* 2. *in f.* Cæterùm pro illustratione prædictorum addi quoque potest, quod rerum juri subjectarum & aliæ differentiæ existant. Spectantur verò in universum tribus modis. 1. secundum genera 2. secundum substantiam: & 3. secundum formam. Juxta genera consideratæ, ut principia ipsa, novem sunt, 1. res ordinariæ. 2. extraordinariæ. 3. singulares, l.3. 14. 15. 16. *de legib.* l.1. *de var. & extr. cogn.* l.16. *de minor.* l. *de constit. princ.* §.6. *de i.n.g.* & *c.* Ordinariæ sunt 4. vel internæ, 5. externæ, 6. vel mediæ, §. *pen. d.* l. l.207. *de R.I. junct.* l.38. *de legib.* l.16. l.28. *de pan.* Internæ aliquæ 7. naturales, 8. civiles. 9. mixtæ, l.6. 7. *de pact.* l.5. *de just. & jur.* §.2. *de I. mag.* & *c.* l.54. §.1. *de R.I.* Atque circa hasce res generalis regula est: prout quæque res est, ita per ejusdem generis principia dirigi debet. Secundum substantiam res quoque totuplices existunt: 1. principales vel accessoriæ (pertinentiæ, signa) *c.* 42. *de R.I. in* 6. l.19. §. 13. *de aur. & arg. leg.* l.33. §.33 *de R.V.* 2. res ipsæ vel quasi (in causam effectumque earum cadentes) l.148. l.178. *de R.I.* l.6. §.2. *de jur. patr.* l.5. §.3. *de jur. commun.* l.2. *C. de alim. pup. quæst.* l.2. §. *f.* & *seqq. de donat.* 3. totæ, l.7. §.6. *de pact.* vel earum partes, l.7. *de exc. rei judic.* l.192. *de R.I.* §.13. *de act.* l.57. *de contr. empt.* l.8. §.2. *de pign.* l.3. *de hæred. inst.* l.50. *eod.* 4. perfectæ (plenæ) vel imperfectæ (inchoatæ) l.139. *de V.S.* l.5. *C. de his qui ven. ætat.* l.9. l.35. §.1. *de contr. empt.* 5. conceptæ spe, l.7. *de stat. hom.* vel natæ re, l.12. *de act. empt.* 6. substantiales, §. *pen. de i.n.g.* & *c. pr. de usufr.* vel formales, §. *adeo de locat. cond.* l.7. §.5. & *seqq. de pact.* 7. integræ (quæ nondum cœptæ sunt) vel non integræ, (cœptæ) l.4. 72. *de contr. empt.* l.14. l.27. §.3. *mandat.* 8. universitatis vel singulæ, l.1. *de R.V.* §.6. & 11. *de rer. div.* 9. corporales (facti) vel incorporales (juris) *tit. de reb. corp.* & *incorp.* Hæ autem differentiæ cum ex Physicis principiis maximâ ex parte proficiscantur, per eadem etiam diriguntur. Habentur *denique* & ratione formæ pari numero 1. res magnæ vel parvæ, l.4. *de in integr. rest.* l.54. *de jud.* 2. faciles vel difficiles, *arg.* l.55. *fam. erc.* §.4. *de off. jud.* 3. frequentes vel raræ, l.4. 5. *de legib.* 4. restrictæ vel laxæ, l.8. *C. de judic.* l.12. *pr. qui* & *à quib. manum.* 5. favorabiles & odiosæ, l.122. *de R.I.* l.14. *C. de procur.* l.19. *de lib.* & *posth. hæred.* 6. claræ vel obscuræ, *N.* 107. *pr.* l.34. *de R.I.* 7. expressæ vel tacitæ, l.3. *si cert. pet.* *f. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah.* l.17. §.11. *locat. cond.* 8. divinæ vel humanæ, l.1. *h.t.* §.1. *de just. & jur.* & 9. denique publicæ vel privatæ, *d.* l.1. *arg.* §. *f. Inst. de just. & jur.* Et hæ quidem differentiæ à formis justi & ex moralibus & politicis principiis pleræque oriuntur, adeoque & per eadem dirigendæ sunt. Sunt hujusmodi: odia restringi debere, favores esse ampliandos, l.122. *de R.I.* expressa nocere, non expressa non nocere, l.52. *de condit.* & *demonstr.* l.195. *de R.I.* jura non ex his quæ raro, uno atque altero casu, sed frequenter & facilè accidunt, constare, l.4. & *seqq. de legib.* & sic deinceps.

* * *

Hæreditate.

Utilitas h. tit.

Rerum aliæ divisiones, cum earum Regulis.

Juxta genera.

Secundū substantiam.

Secundū formam.

TITULUS IX. C.3.24.

De Senatoribus.

Quod ad tertium juris objectum, videlicet Actiones (quo verbo totum judiciorum ordinem, quæque in iis disceptantur, comprehendimus, *l. pecunia. 178. §. actionis. de verb. signif. §. fin. Inst. de jur. nat. gent. & civil.* attinet, inprimis necessarium est, de generibus, officio ac jurisdictione Magistratuum, & eorum, qui judiciis præsunt, exponere. Magistratuum Rom. duo sunt præcipuè genera: Alii enim domi, alii foris Rempub. administrabant. Ac domi quidem præcipuam Reipub. curam Senatus sustinebat: quem ordinem à Romulo institutum memorant, allectis centum numero civibus, qui ad gubernacula civitatis sedentes, consilio & authoritate Rempub. temperarent, quosque ob reverentiam Patres, ab ætate Senatores appellavit, *Liv. l. 1 dec. 1 Dionys. lib 2. Fen. de Magist. c. 1. Pomp. de magist. c. 3.* Senatorium triplex erat ordo: Alii Patricii, quòd centum illis patrib. a Romul. lectis, geniti essent, nominabantur: Alii Conscripti, quia Regum Coss. Censorum decreto in Senatu adscripti: Alii Pedarii, quibus nondum in ordinem relatis, jus dicendæ in Senatu sententiæ non erat; sed tantùm, ut pedibus in aliorum irent sententiam, eamque suffragio comprobarent, concessum, *Fen. praall. loc.* Sed hæc discrimina diuturnitate temporis exoleverunt, omnesque Senatores, & Patres conscripti appellari, *Dionys. lib. 2 passim. Cic. Liv. Sallust. &c.* Postea sub Augustis obtinuit, ut tantum pro Senatoribus essent Patricii, hoc est, Principis Consiliarii, *§. sed ex nostra, Instit. quib. mod. jus patr. pot. solvit. l. fin. C. de consul.* Consules & illustres, horumque liberi, quòd his tantum in senatu sententiæ dictio esset, ut testatur Ulp. *l. fin. hoc tit.* nisi is locus à Triboniano est interpolatus, *Cujac. in rub. C. de dig. lib. 12.* Ex quo apparet, ejus ætate inter Illustres & Clariss. needum fuisse differentiam, quæ postea secuta est, *Duar. lib. disput. 2. cap. 1. Jas. in l. 1. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* sed utroque nomine senatorii ordinis homines fuisse designatos, *l. speciosam, 100. de verb. signific. 1. C. de sent. pass.* Id constat, maximam olim Senatus & dignitatem fuisse, quæ liberis, uxoribusque communicabatur, *l. 1 5. 6. 7. 8. 9. 12 hoc t.* & authoritatem: cùm Reges, Dictatores, Coss. & initio etiam Augusti, nihil magni, inconsulto in utroque Senatu molirentur. Hinc tot orationes Principum in Senatu habitæ; *l. oratio. 16. de sponsal. l. 3. de donat. inter vir. & uxor. l. cum hi 8. de transact. l. 1. de tutor. & curat. dat. l. 1. de feri.* quibus, quod statui cupiebant, id prius Senatui justum æquumque esse, persuadere conabantur.

OBSERVATA.

Ratio ordinis.

N. I. *De generibus, officio*) Incipit hic tractatus latissimus *Judiciorum*, juxta ordinem Edicti perpetui.

Initia jud.

Ubi primò occurrunt τὰ πρῶτα. Prima seu initia judiciorum, *const. tanta §. 2. de conf. dig.* quæ compendii causa ad VII. capita revocari possunt. Primum est

Ex his I. competentia magistratus.

competentia seu Idoneitas magistratus. Jus enim reddi & judicia, nisi coram magistratu competente, exerceri nequeunt: *arg. l. pen. de jurisd.* Competentiam autem illam designatum *officium* magistratus, tum ejus *Potestas*, quæ jurisdictio vocatur. Ad officia magistratuum

Ratione officii & jurisdictionis.

spectant *t. 9. & seqq.* ad finem libri primi. Sumitur verò vocabulum Magistratus juxta Romanos duobus fere modis, (1) latissimè & impropriè, pro summa reip. potestate, seu quavis potestate Politica, ut *l. 2. §. 14. de O. I.*

Ambiguit. voc. magistratus apud Rom.

ubi etiam Reges dicuntur magistratus. (2) Propriè pro ea potestate quæ summæ subjicitur, & ab ista jurisdictionem habet, *arg. l. 12. l. 13. de jurisd. & passim.* Et hoc sensu rectè definitur Cujacio *parat. de orig. jur.* Persona

Quid sit.

publica quæ jurisdictioni præest. h. e. quæ habet functionem sive autoritatem juris dicendi, *l. observare C. de Decur. l. 10. ubique Christoph. Sturt. de reg. jur. nu. 47.* ceu explicabitur infra *ad t. de jurisd.* Publica persona, propter officium seu munus publicum quod habet, Jurisdictio vero ipsum formale est, magistratum Romanum constituens. Quamvis itaque Aristot. 4. *Polit. 15. pr. vers. maximè verò* definiat magistratus eos, quibus de aliquibus rebus consultandi, judicandi, & statuendi seu imperandi, βουλεύσασθαι, κρῖναι καὶ ἐπιτάξαι, & quidem hujus rei maximè, munus est assignatum, idque ἀρχικώτερον ipse referat: attamen reip. Romanæ

Differt. in hoc à reliq. gentib.

in his alia atque longe ab Ebræis Græcisque diversa ratio fuisse videtur. Nam (1) Senatus, quia habuit jus consultandi, propriè non fuit magistratus: sed ordo penes Romanos; vide mox notanda ad verbum *Senatus h.* (2) Potestas magistratuum tantum consistebat in jure reddendo non etiam in consultando (intellige de aliquibus causis Reip.) (3) Imperium magistratibus Romanis extrinsecus accedebat, quatenus scilicet & quando opus erat executione: etiam ex singulari concessione non jure proprio competebat quandoque imperium merum. Qum (4) quidam, ut duum viri, sec. Dd. comm. nec habent imperium, vel si habent, paucos tantum ejusdem gradus participant, *arg. l. un. si qu.* *jus dic. junct. arg. l. 12. de jurisd. l. 29. §. 7. ad L. Aquil.* Accedit quod Aristot. *d. 4. pol. 14. pr.* tres faciat Reip. partes, *Senatum* (qui versatur in publicis consiliis de caussis Reip. de bello & pace, de societate belli ineunda, vel dissolvenda, de legibus ferendis vel abrogandis, de morte, de exilio, de publicatione bonorum &c.) *Magistratum & Judicia.* Ubi equidem Senatus magistratui opponitur. Præterea vocabulum magistratus aliquando per excellentiam tribuitur majoribus & urbanis, adeo ut minores exinde vel negentur magistratus, aliquando per excellentiam tribuitur majoribus & urbanis, adeo ut minores exinde vel negentur magistratus, ut *n. l. 2. §. 33. de O. I. l. 7. infr. de offic. proc.* (non quidem in universum, sed majores aut ordinarii) vel provinciales simpliciter indigitentur, & urbanis opponantur, ut *l. 13. §. 1. de jurisd. & l. 131. de V. S.*

Divisiones magistrat. Majores & minores.

Dividuntur magistratus Romani I. in Majores & Minores. Illi sunt qui imperium & potestatem habent, *l. 32. de injur. junct. l. 2. de in jus voc. & d. l. 131. §. 1. de V. S.* hi qui nec imperium nec potestatem, sed aliam Reip. procurationem, *d. l. 32.* Quibus explicandis addimus verba Sigonii. *Omnes*, ille ait, *magistratus & urbanos, & provinciales civilem potestatem habuisse, verum alios majorem, alios minorem, qua minor fuit, eam præcipuè potestatem dictam; qua major non potestatem solum, sed interdum etiam imperium appellatam.* (h. e. majorem magistratus autoritatem & potestatem)

Urbani, provinciales & municip.

II. in Urbanos, Provinciales & Municipales. Urbani, qui in urbe Roma jus dicebant, ut Prætor, Præfectus urbi &c. Provinciales, qui extra urbem in provinciis (h. e. in regionibus in potestatem populi Romani adductis) ut Quæstor, Præses &c. Municipales dicebantur, qui in unaquaque civitate cujusque provinciæ juri dicendo præerant (Municipia autem olim non erant civitates quælibet, ceu hodiè illas vocamus, *l. 1. ad municip.* sed illæ exteræ quibus civitatis Romanæ jus datum erat, ita ut quidem muneris honorarii & aliorum ferè cum populo Romano participes essent, attamen jus suffragiorum & magistratuum in urbe capiendorum non haberent. *Vid. Sig. lib. 2. de antiq. jur. Ital. c. 7.*) Municipia tamen hæc etiam distincta erant à coloniis, quæ non veniebant extrinsecus in civitatem & suas proprias sedes non intra habuerunt, sed ex urbe Romana quasi erant propagatæ, & jura ejusdem habebant.

Gell.

Qui municipales.

Gell. lib. 16. c. 13. Ex his municipalibus sunt (1) *Decuriones*, consilii publici causâ electi, ceu Romæ Senatores, *l. pupillus §. decuriones d. V. S. junct. l. omnes C. de decur.* aliàs *Curiales l. 25. l. 21. C. eod.* à Curia in qua consulebant. Cui (ut plures curiarum oneribus ferundis præsto essent, cum plerique alias decurionatum detractarent, *arg. l. 3. 4. 5. C. de natur. lib.*) etiam naturales offerri poterant, qui exinde fiebant legitimi, *§. ult. de nupt. N. 89.* (2) *Duumviri*, qui consulum loco erant, & de pecuniariis civium causis jus dicebant, *arg. l. 7. §. is qui de decur. l. 6. de mun. & hon.* (3.) *Defensores*, qui loco Tribunorum plebis, & tenuiorum tantùm causas civiles dijudicabant *l. 3. C. de defens. civit.* quod hodie extensum & ad alios. *Vid. l. 1. C. eod. N. 15. C. 3.* Denique III. alii erant magistratus *Ordinarii*, alii *Extraordinarii*. Illi qui ordine legibus instituto quotannis creabantur, *Rosin. 7. antiq. Rom. c. 3.* Hi qui demum emergente necessitate eligebantur, ut Dictator, Præfectus vigilum, Decemviri legibus scribendis &c.

Ordinarii & Extraordinarii.

Senatus propr. non erat magistr.

Senatus sustinebat) Referri potest Senatus inter magistratus, sed non nisi in significatu Romanis laxissimo. Rectius itaque dicitur ordo quàm magistratus. Quippe (1) erat divisus populus in tres ordines, in Senatores, Patricios & Plebeios, *arg. l. 238. de V. S. §. 4. de j. n. g. & c.* Neque enim omnes, qui vel Præfecti civitati, sunt magistratus, quod exempla sacerdotum, præconum, legatorum comprobat Aristot. *d. c. 15.* Et civitates non iis solùm opus habent, qui jurisdictioni præsint, sed & qui consilio publico juvent. (2) quia tempore Regum tantum in consilium adhibebantur Senatores, *l. 2. §. 2. de O. I.* jura verò non reddebant. Confer tamen Obrechium *de jurisd. c. 11. lib. 5.* (3) Post regicidium per aliquod spatium participabant majestatem. (4) Sub libera Rep. ferè usque ad L. Hortensiam & initium sæc. III. ante C. N. adhuc sat magna fuit Senatorum potestas: quamvis illa tandem plebiscitis cœperit teneri. (5) Sub Augustis etiam plerique SCta ipsi faciebant, & absente Cæsare consultabant: unde nec à Pomponio *in l. 2. de O. I.* inter magistratus referuntur. Licet postea etiam judicia ad eos translata sint, idque extra ordinem tantùm *l. 1. §. 1. à quib. app. non lic.* Coras. *ad rubr. h. n. 18. & seqq.* Add. D. Frantzk. *comm. h. n. 5. & seqq.* Et hoc adeò verum, ut nec Decuriones accuratè loquendo, magistratus fuit dicendi, sed ordo; propter analogiam quæ est inter eos & Senatores Romanos: *vid. l. 6. de mun. & honorib. l. 1. C. de magistr. municip. l. 1. C. de defens. civit. l. 1. pr. de magistr. conv.*

Diversi gradus Senatus dignitatis.

Sed tantum ut pedibus) Aul. Gell. *l. 3. c. 18.* Sigon. *lib. 2. de antiq. civ. Rom. jur. c. 2.* Et ex triplici illo genere Senatorum, diversi etiam erant Senatoriæ dignitatis (quia extra Senatum etiam inter magistratus plura fuerunt dignitatum genera; vide Cujac. *in l. 1. C. de dignit.* & Duar. *h. t. 1. in pr.*) gradus. Alii enim erant *illustres*, alii *Spectabiles*, alii *Clarissimi*, *per l. 1. C. de annon. & capit. admini. l. 5. C. de proxim sacr. scrin. l. 18. de appell. junct. l. 1. C. ubi Senat. & N. 71.* Clarissimatus dignitas communis erat *omnibus omninò Senatoribus, etiam honorariis, vid. N. 70.* & qui aliàs in Senatum extra ordinem admittebantur; & tamen pedibus in aliorum sententiam ibant, Coras. *l. s. h. t.* Spectabiles seu speciosi appellabantur, qui *ex equestri ordine*, gestis minoribus magistratibus in Senatum recipiebantur, item qui à Principe jus *utendi ornamentis Senatoriis*, aut cingulum senatoriæ dignitatis consecuti erant, *l. 100. de V. S.* sententiæ tamen dicendæ jus non habebant. Illustres per excellentiam dicebantur illi Senatores, qui sententiam in Senatu dicere poterant. Vid. *N. 62. & l. f. C. ubi Senat.* Add. Cujac. *in d. l. 6. C. de dignit.* Duar. *h. t.*

Quomodo illa in uxor.

Uxoribus) Quamdiu tamen non nubunt inferiori, *l. 8. h. t.* nisi id à Principe impetrârint, ut nuptæ minoris dignitatis viro priorem tum dignitatem retineant, *l. ult. h. t.* matres autem Senatorum hanc dignitatem non participant, *l. 1. h. t.*

Et liberis.

Liberis) Filiis & filiabus, item nepotibus ex filiis, non ex filiabus. Neque interest, utrum liberi sint naturales vel adoptivi, *l. 5. l. 9. h.* (licet inferioris dignitatis homini in adoptionem dentur, *l. 6. §. 1. eod.*) sive emancipati, sive post mortem patris nati. Non tamen obtinet hæc dignitas in eo, qui patre jam senatu moto & conceptus & natus est, *l. 7. §. 1. eod. t.* De eo quæri solet, qui, antequam pater creatus est senator ab eodem procreatus erat? Affirmatur id in *l. 5. h. t.* negatur verò in *l. 11. C. de dignit.* ubi inter plebeios & privatos numeratur. Resp. quod in initio *d. l. 11.* habetur, scil. Senatorem privatos habere filios editos, antequam susciperet dignitatem, id infr. *in ead. l. vers. cum autem paternos.* corrigitur, & deciditur ad eundem modum, quo hæc quæstio conceptis verbis deciditur ab Ulp. *in d. l. 5. h. t.* Duaren. 2. *disp. anniversf. c. 29.* vid. Bocer. *d. regal. c. 2. n. 10. & 11.* Hinc infertur (1) quod filii nobiles fiant ex nobilitate patris & privilegiis nobilitatis fruantur, antequam pater jura nobilitatis est adeptus. (2) Idem est in qualibet alia dignitate: (3) Etiam filii opificis nati antequam pater fieret magister opificii, ehe denn der Vatter ist Meister worden / æquè dicuntur filii Magistri, Meister Kinder / ac proindè etiam horum Privilegiis gaudent. Fit autem hoc beneficio Interpretationis.

Natis ante dignitatem.

Illatio ad nobilitatem liberorum.

TITULUS X. C. 21. 3.

De Officio Consulis.

PRæcipuam Romæ fuisse Consularem potestatem, quæ ad exemplum Regiæ dominationis fuit inducta, minimè ambigitur. Exactis enim Regibus, duo Coss. qui Reipubl. consulerent, creati sunt: penès quos summum Imperium, atque jus uti esset, lege rogatum: *l. 2. § quod ad magist 8 supr. de orig. jur.* neque quippiam de Regia potestate ademtum, præterquam quod annuum imperium fuit. Postea paulatim enervari ea potestas cœpit, primò legibus Valerii Publicolæ; qui ne per omnia Regium imperium sibi Coss. vendicarent, legem tulit, ut ab iis provocatio esset, néve fas esset in caput civis Romani injussu populi intra fines urbis animadvertere, *Liv. libro 2. Dionys. lib 5. Plut in vita Publ.* Deinde Tribunitiis intercessionibus, quibus sæpè conatus Coss. retardati, impeditique sunt. Postremò, occupatâ tandem ab Imperatoribus Repub. cum illi omnia jus atque imperium ad se paulatim traherent, nomen sine viribus, & sola ferme insignia veteris potentiæ Coss. sunt relicta: ut non immeritò Ulpian. *l. un. hoc tit.* secundum rationem sui temporis, ea quæ spontaneæ sunt jurisdictionis, duntaxat Coss. tribuerit: qui antea domi & foris clavum Reipub. tenebant: officium, inquit, Consulis est, consilium præbere manumittere volentibus: id est, cogere, ac convocare Judices ad examinandas manumissionis causas, si opus sit, (consilium enim pro conventu accipitur, *l. si pater, 4. § fin. l. servus, 6. l. pupillus, 24. de manu. vind. § eadem lege, Instit. ex quibus caus. manu. non lic.*) atque ita solenniter manumittere.

OBSERVATA.

Potestas Consulũ. *Neque quippiam de regia potestate ademptum*) Unde Cic. 3. *de legibus*: *Regio*, inquit, *imperio duo sunto*, *iique praeundo, judicando, consulendo Prætores* (cum scilicet Prætorum non esset peculiaris magistratus) *Judices*, *consules appellantur*: *militiæ summum jus habento*, *nemini parento*, *illis salus populi suprema lex esto*.

Jurisdictio. *Ea quæ spontaneæ sunt jurisdictionis*) Diversa consulum pro diverso reip. statu potestas fuit. vid Rosin. 7. *antiq. Rom. c.* 9. Forst. *hist. Rom. pag.* 72. Occupatâ Rep. inter ordinarios magistratus principem locum obtinebant. Neque tamen verum videtur, quod hic ait A. eos sæculo Ulpiani voluntariam saltem habuisse Jurisdictionem, præcipuè quoad manumissionem; (1) quia idem Ulpian. testatur in *l.* 57. *in fin. de re judic.* quod habeant potestatem juris dicendi, h. e. possint expedire ea, quæ contentiosæ sunt Jurisdictionis; (2) potuerunt delicta coërcere, in possessionem mittere, restituere in integrum &c. *arg. l.* 5. §. 1. *de offic. ejus* & *l.* 2. *de Jurisd*, Cujac. *in parat. h.*

TITULUS XI. C. 1. 26. 25.

De Officio Præfecti Prætorio.

VEteres, ut tradit Ascon. omnem Magistratum, cui pareret exercitus, Prætorem appellaverunt, & tabernaculum ejus Prætorium; unde & aula Principis, qui ut plurimum in exercitu degebat, sub pellibus, Prætorium dicta est: & qui illi præesset, Præfectus Prætorio, quem hodie Magistrum Curiæ appellamus. *Bud. hic. Alc. ad l.* 1. *C. de præf. præt. lib.* 12. Hunc Magistratum vice Magistri equitum institutum fuisse, traditur. Nam cum apud Veteres Dictatoribus summa potestas ad tempus crederetur, & Magistros equitum sibi eligerent, qui associati principali curæ, militiæ gratia, secundam post eos potestatem gererent: regimentis reipub. ad Imperatores perpetuò translatis, ad similitudinem Magistrorum equitum, Præfecti prætorio a Principibus electi sunt; data eis pleniore licentia ad disciplinæ publicæ emendationem. His incunabulis Prætorio præfectorum authoritas initiata, in tantum meruit augeri, ut appellari a Præfectis prætorio non posset, nec adversus illos peti in integrum restitutio, nisi ab ipsis, *l. unic. hoc tit. l. præfecti*, 18. *de minor. Fene de magist. cap.* 25. utque præcipuas Imperii partes gubernarent, nempe Orientem, Illyricum, Aphricam; *C. tit. de off. præf. Orient.* & *Aphri* & *de off. præf. Illyr.* Ac de horum potestate in hanc sententiam Cassiodorus *lib.* 6 *Epist.* scribit; Potestati Præfecti prætorio nulla dignitas est æqualis: vice sacra, hoc est, Imperatoris, judicat: nullus ei miles fori authoritate præscribit, excepto Officiali Magistro militum. Curiales etiam verberat, in officio suo jus retinet singulare; & talibus tantisque noscitur jubere, quos etiam provinciarum non auderent judices in qualibet parte contemnere.

OBSERVATA.

Potestas & officia sub Augustis. *Datâ eis pleniore licentiâ*) Sub *Augustis* usque ad Constantinum M. Præfectus Prætorio erat, qui *cohortibus aulæ* (id est militibus, quos in sui custodiam alebant Principes) Præerat, Dux & Eques, Imperatori id præstans quod Regibus Tribunus Celerum & libera Rep. Dictatori Magister equitum, *vid. l.* 2. §. 15. 19. *de O. I.* Hic insignis magistratus & *Jurisdictionem* habebat & *merum imperium*. Quia enim de forensibus causis jus dicebat, ita, ut ab ejus sententia provocari non posset, sed solùm intra biennium supplicari, *l. un. C. de sentent Præf. Prat. Præfecti de minor.* & adversus eorum sententias alius magistratus restituere minores non posset, licèt aliàs magistratus non solùm contra suam, sed etiam aliorum sententiam restituendi jus haberet, *l.* 16. §. *f. eod.* Præterea simul ac lectus erat Præfectus Prætorio, dabatur ei cingulum cum gladio; & cum gladio merum imperium: unde illud Trajani ab omnibus celebratur, qui, cum Præfectum suum cingulo, ejus dignitatis insigni, donaret, *accipito*, dixit; *hunc ensem, ut eo, siquidem rectè & è republica imperavero, pro me, sin secus, in me utaris.* Plin. Jun. *in Panegyr.* Vid. Rosin. 7. *Antiq. Rom. c.* 33. A tempore Constantini. *A tempore Constantini*, illi Præfecti Prætorio dicebantur, qui præficiebantur *multis Provinciis regendis*. Hinc fuit Præfectus Prætorio (1) Orientis, qui quinque diœceses gubernavit. (2) Illyrici *t. t. C. de offic. Præf. Prat. Orient.* & *Illyr.* (3) per Italiam. (4) per Gallias. (5) Postquam Justinianus Africam à Vandalis exemit, proprium ei dedit Præfectum (nam antea sub Præfectura Italiæ erat) *tit. de offic. Præf. Prat. Afr.* vid. Cujac. *ibi in parat.* Add. D. Frantzk. *comm. h. n.* 7.

TITULUS XII. C. 1. 28.

De Officio Præfecti Urbi.

HUjus Magistratus origo vetustissima est. Nam & primi Reges cum domo unà cum præcipuis Magistratibus proficiscerentur, ne Urbs interea sine imperio esset, per id tempus deligebant aliquem, qui jus interim redderet, *l.* 2. § 17. *sup. de orig. jur.* ac subditis mederetur, *Tacit. lib.* 5. Hic Præfectus Urbi dictus est, quòd ejus fidei summa rerum urbanarum esset commissa: *l.* 1. *vers. cum urbem, hoc tit.* feruntque, *Tacit. lib.* 5 a Romulo D. patrem Romulium, pòst abs Tullio Hostilio Numam Marcium, & a Tarquinio Superbo Spurium Lucretium impositos. Mansit aliquandiu idem mos creandi Præfectos sub Coss. quoties illi foris Rempub. administrabant. Creatis demum Prætoribus, qui jus in urbe, avocatis bello Coss. redderent, *l.* 2. § *cùmque Coss* 15. *sup. de orig. jur.* desitum est præfectum creari, nisi quòd ejus simulachrum Latinarum feriarum causa durabat, *d. l.* 2. § *capeu.* 17. Cum enim ex instituto Tarquinii Superbi, *Dionys. lib.* 4. cum populis Latinis ferias, ludos, nundinas & sacrificia in monte Albano Romani celebrarent, & ea de causâ Magistratus abessent, relinquebatur Præfectus quasi custos urbis, qui domi interim Consulare munus, & Jurisdictionem obiret, *Gell. lib.* 4. *c. ult. Tac. præall. loc.* Postea Augustus rerum potitus ad confirmationem Imperii, novique Reipub. status, præposuit more regio perpetuum magistratum urbi, virum consularem, qui flagitia & motus urbanos compesceret, résque administraret: quod & Julium accepisse, Sueton. scribit. Itaque Præfecti urbis, & quidem perpetuò creari cœperunt. *Tac. lib.* 5. Quanquam autem præcipuè coercendorum urbanorum criminum gratia

Præfecti constituti sunt, tamen progressu temporis paulatim potestatem ampliaverunt. Nam omnia omnino crimina, non tantum ea, quæ intra urbem & centesimum lapidem admittuntur, verùm ea quoque quæ extra urbem intra Italiam fiunt, præfectura sibi vindicavit, ut in epistola D. Severi declaratur: *d. l. 1. in princ.* quod tamen distinctionem recipit. Nam de commissis intra centesimum lapidem, præfecti notio est, & animadversionis jus: *d. l. 1. §. 1. ver. quicquid, & §. fin.* si ultra egressum est, nequaquam: potest tamen jubere judicare, *d. l. 1. §. 1. tunc, l. fin.* Deinde ad officium Præfecti pertinet, ut mancipia tueatur adversus intolerabiles dominorum injurias, patronorum jura adversus libertos: curetque, ut nummularii, argentariique probe se gerant circa omne negocium suum: *d. l. 1. in princ §. 3. & 4. l. 2. cum,* & omnis annona justo pretio præbeatur: quies popularium, & disciplina spectaculorum conservetur: *l. 1 §. fin. vide C. eod.* tutores suspecti, aliique, qui deliquerunt, puniantur: *d. l. 1. § 2. & fin. l. 1. de susp. tut.* Adiri etiam, in civilibus, & pecuniariis causis, *d. l. 2.* ut ex Interdictis, *d. l. 1. §. 1. versic. sed & ex interdicto,* potest. Ad Præfectum etiam urbi redisse omnium potestatum appellationes, refert in Floriano Vopiscus. Cum igitur tam ampla sit Præfecti urbi potestas, non mirum est, omnibus dignitatibus & magistratibus urbanis esse majorem: ut hæc uberius in epistola D. Severi, cujus quædam capita recenset hic Ulp. *in d. l. 1.* & aliorum Principum Constitutionibus exponuntur, *l. 2. 3. 4. C. eod.*

OBSERVATA.

Latinæ Feriæ.

Ex instituto Tarquinii Superbi) Erant autem Latinæ feriæ concepti illi dies, quibus Latini populi quotannis ad sacrificandum taurum conveniebant. Nam ut Latinorum cum Romanis æterna pax & concordia sacrosancta aliquo fœdere stabiliretur, instituit Tarquinius Superbus, ut in Albano monte templum Jovis conderetur, quo annuæ feriæ indicarentur Romanis Latinisque: Ita, ut populus Romanus, penes quem Principatus erat, taurum omnium nomine sacrificaret, cujus cæsi ac sacrificati unusquisque populus partem deposcebat, fierique tum dicebatur *visceratio*, i.e. crudæ carnis ex sacro distributio, Romanis pariter ac Latinis, ut tradit ex Halicarn. *lib. 4.* Corasl. *in l. 2. §. 33. n. 5. & 6. de O. I.*

Si ultra egressum est) In *l. 1. pr. h.* dicitur, pertinere ad Præfecti urbi notionem quicquid intra urbem admittitur & intra centesimum lapidem, non verò quod ultrà. Sed obstare videtur *l. f. h. t.* ubi dicitur, quod possit præfectus urbi extrà urbem jubere, judicare, item *l. 1. pr. eod.* quod Præfectura etiam illa crimina sibi vindicet, quæ extra urbem in Italia admittuntur. Resp. (1) *pr. l. 1.* explicandum esse ex §. 4. ut scilicet extra urbem crimina ad Præfectum pertineant, modò sint intra 100. lapidem (2) In urbe habet notionem & potestatem, sed ita tamen, ut extra urbem, modò intra centesimum lapidem, possit jubere, judicare, *arg. l. 2. C. de ped. jud.* Vid. Accurs. *h. t.*

Concil. f. 1. cum § 4 & l. 1. h. t.

TITULUS XIII. C. 1. 30.

De Officio Quæstoris.

Qui publicæ quærendæ pecuniæ (quæ est nervus, & propemodum αἷμα καὶ ψυχὴ, ut dicitur, civitatum) ærarioque præpositi erant, ab officio Quæstores sunt appellati, *l. unic. versic. & à genere, l. 2. l. 2. § deinde, 12. supr. de orig. jur. Fenest. de magist. c. 3.* Horum creandorum origo antiquissima est. Nam & Romulum, cæterosque Reges, Quæstoribus usos ferunt: & exactis Regibus, constat creatos esse, qui ad rem pecuniariam administrandam: prædamque in rationes publicas, referendam, Imperatores militiæ comitabantur: *Tac. l. 11.* Dein gliscentibus negociis, auctoque peculio publico, & Urbani Quæstores lecti sunt, qui in urbe ærarium curarent, pecuniarumque acceptarum & expensarum rationes conficerent: mox stipendiariâ factâ Italiâ, & accedentibus provinciarum vectigalibus, plures creati: obtinuitque, ut provincias ad colligendam pecuniam sortirentur, *Cic. in Divin. in Verr. & orat. 3. Plut. in Cic. & Cat. & alii alibi.* præter Candidatos Principis: id est, qui alium longè magistratum obtinebant, *Suet. in Aug. Lamp. in Alex.* ac libris & epistolis principalibus in Senatu legendis, rescriptis conficiendis, omnique jurisdictioni Principis nomine exercendæ, ut nunc, qui vocantur Cancellarii, vacabant, *l. 1. § pen. h. t. vide l. 1. & 2. C. de off. quæst. l. ult. C. de diver. resc. l. 2. C. de petit. bon. l. 1. 2. l. 34. 36. C. de app.* Fuerunt & Quæstores rerum capitalium, qui adempta Coss. lege Valerii judicandi de capite civis Rom. potestate, inquirendis maleficiis a populo, cùm opus erat, præficiebantur: etsi postmodum perpetuæ quæstiones constitutæ sunt. *Cic. 10. Brut. Duar. Disput. lib. 1. c. 48.* Hi & Quæstores Parricidii appellati, quorum & lex 2. Tab. meminit, *d. l. 2. § deinde cùm ærarium.* Parricidii enim vocabulo, omne homicidium vetustas complectebatur. Fuit autem Quæstura primus gradus ad majores dignitates, *Cic. in Divin. ubi Ascon.* puta Æd ilitatem, Præturam, Consulatum: ut Ulpian. non immeritò, ingressum esse, & primordium gerendorum honorum, sententiæque in Senatu dicendæ, scriptum reliquerit, *d. l. unic. § fin.*

OBSERVATA.

Quæstores varii generis.

Origo antiquissima est) Non unius generis olim Quæstores fuerunt, sed I. Quæstores *urbani seu ærarii* (à genere quærendi, i.e. inquirendi & conservandi pecuniam publicam initio dicti, *l. un. h. t.*) qui curabant ærarium ejusque pecunias expensas & acceptas in tabula publica deferre consueverunt. Jung. Rosin. *lib. 7. c. 22.* II. *Provinciales*, qui unà cum proconsulibus & Proprætoribus in provincias, quas singuli essent sortiti, exibant, curabantque pecuniam publicam, quæ aut ex ærario deprompta in usus provinciæ esset expendenda, aut à provincia exacta. Vid. Sigon. *lib. 2. de antiq. jur. provinc. c. 3.* & Rosin. *d. lib. 7. c. 45.* III. *Parricidii* seu *rerum capitalium*, extra ordinem à populo constituti, ut capitalibus rebus præessent, *l. 2. §. 23. de O. I.* IV. Quæstores *Candidati Principis*, qui erant Quæstores urbani tempore Augusti (fortè quod candidâ veste, integritatis insigni, uterentur sic dicti) & urbanæ quidem pecuniæ curam non gerebant, nec provincias sortiebantur, sed epistolas, orationes, & libellos Principis in Senatu legebant *l. 1. §. 2. & f. h. t.* V. Quæstores *Sacri Palatii*, qui legibus dictandis, rescriptis

Ærarii.

Provinciales.

Parricidii.

Candidati Principis.

Sacri Palatii.

rescriptis conficiendis, omnique Jurisdictioni nomine Principis exercendæ erant præstituti, *t. t. C. de offic. Quæst. l. ult. C. de divers. rescr. l.* 2. *C. de petit. bon. sublat.* quo honore functus est Tribonianus, §. 3. *proœm. Inst. N.* 114. Atque hos A. malè cum prioribus confundit, & textus de diversis loquentes pro prioribus tantùm cumulat & inducit. Add. tamen Cujac. *in par. C. h. t.* VI. Quæstor *exercitus* N. 41, VII. Quæstor mendicis coërcendis constitutus. *N.* 80.

Causa creandi Quæst. parricidii

Qui adempta Coss. lege Valeria) Indicatur hic causa creandi hosce Quæstores. Cum enim consules L. Valeriâ injussu populi in caput civis Romani animadvertere non possent; ideò quoties usus postulabat, ex SCto & speciali concessione, vel Dictator, vel consulum alter, ambove, vel Prætorum aliquis de crimine publico quærere jubebatur, isque Quæstor dicebatur; donec anno V. C. 604. à Sylla Dictatore singulis Prætoribus singulæ quæstiones publicæ commissæ sunt; & hoc est, quod hic dicitur quæstiones factas esse *perpetuas*, h. e. iis datam esse potestatem, qui magistratum & officia perpetua gerunt. Nec minus tamen rectè dixeris, eas lege specialiter esse datas, ratione scilicet initii; tum enim, ut modò diximus, specialiter & quidem in singula facta à populo, hominibus sæpè privatis, mandabantur. Vid. *L.* 1. *in pr.* §. 1. *ad L. Corn. de Sicar. L.* 32. *de pœn.* Rosin. *d. lib.* 7. *c.* 57. *in fin.* Quin etiam post Syllam interdùm nonnullæ quæstiones extra ordinem aut SCto, aut plebiscito, aut consulibus, aut aliis magistratibus, vel etiam privatis hominibus mandatæ fuerunt: de quibus latè & eleganter Sigon. *lib.* 2. *de Judic. c.* 4. *per tot.*

Quæstiones ut perpetuæ. Et tamen ex spec. concessione.

TITULUS XIV. *C. I. 39.*

De Officio Prætorum.

CUm Coss. avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate jus redderet, quippe exolescente Præfectura urbana factum est, ut Prætor crearetur, qui Urbanus, quòd in urbe jus diceret, appellatus est: *l.* 2. §. *cùmque Coss.* 15. *supr. de orig. jur.* Prætor dictus est, vel quòd jurisdictioni præesset, vel quia præibat jus populo, quasi Præitor *Fenest. de Magist. ca.* 19. Penes hunc magistratum fuit omnis publici, privatique juris potestas, sic, ut causas aut cognosceret omnes, aut iis cognoscendis judices daret: *l. fin. h. t.* formulas agendi, judiciorumque, postulantibus litigatoribus præscriberet: *not. B. de for. & temp. Cic. in Verrem, & pro Cæcin.* quæ voluntariæ habentur jurisdictionis, *l.* 1. *&* 2. *h. t.* & mixti Imperii, *l.* 1. *cum seq. infra de jurisd. &.* peræque atque Consules exequeretur: item adjuvandi, supplendi, emendandi juris civilis gratia, proponeret Edict., *Instit. de honor. possess.* quæ in honorem Prætoris, Jus Honorarium sunt vocata, *l. jus autem.* 7. §. 1. *supr. de just. & jure.* Atque hæc quidem Edicta initio pro suo arbitratu Prætores proponebant; sed cum hoc improbis magistratibus opportunum nimis videretur, ad habendam quæstui jurisdictionem, lex est à T. Cornelio Tribuno plebis lata, ut ex Edictis perpetuis Prætores jus dicerent, & secundum edicta initio magistratus proposita perpetuo: hoc est, durante magistratu judicarent, potestate novandi, corrigendique sublata. *Ascon. in orat. Cic. pro Cor. Bald.* Verùm ne sic quidem satis nundinationibus cupidorum occursum fuisse, apparet, cùm Edicta una cum magistratu, anni spatio expirarent: *Cic. in Verr. instit. de perp. & temp. act.* nec successori quis præire posset: quò minus ei solutum esset, prout vellet, Edicta ambigua, distorta, & malitiosis obnoxia interpretationibus proponere: qua in parte insignem artificem fuisse Verrem, insimulat Cic *in act. Verr.* 4. Itaque hisce malis a bonis J. C. medicina quæri cœpta est. Ac primo quidem Servius Sulp. cujus magna laus extat apud Cic. *in Bruto,* duos libros ad Edictum conscriptos reliquit, in quos Edicta Prætorum recta justaque congessit, & est interpretatus. Ejus vestigiis insistens Aulus Ofilius, eadem ratione diligenter Edictum composuit, ut qui vellent Prætores, sua illa industria in jure dicendo uterentur, *l.* 2. §. *Servius,* 22. *cum seq. supr. de orig. jur.* Sed quia horum & authoritas non perinde valebat apud ambitiosos Prætores, & fortè libri non omnino perfecti existimabantur: ideo tandem Salvius Julianus supremam manum operi addidit, Edictumque perpetuum ordine pulcherrimo composuit, atque emendavit: ex quo D. Hadrianus, approbante Senatu, postea jus dici voluit, non admissâ amplius novorum Edictorum promulgatione. *Eutrop. in vita Iul. Spart. in Sever.* Quibus sanè temporibus, invalescente præfectura urbica, potestas Prætorum, ut & reliquorum magistratuum, qui ex forma liberæ olim Reipub. supererant, paulatim enervata est: ut non immeritò pro sui ratione temporis voluntariam jurisdictionem tantummodò his Jurisconsulti tribuant, *l.* 1 *&* 2. *hoc tit.* quanquam & contentiosam obtinuisse saltem in civilibus Jurisconsult. ætate palam est: *ut tit. de jurisdict. de inoffic. l.* 1 §. 1. *de susp. tut.* in criminalibus non item: eoque reos atrocium criminum, ad Præfectum urbi remittere jubentur, *l.* 1. § *fin. l.* 2. *ff. de susp. tutor.*

De numero Prætorum ita memorant: Unum initio Prætorem, & Principem quidem, Furium Camillum creatum: *Livius dec.* 1. *lib.* 7. *in princip.* pòst verò, cùm multa peregrinorum turba in urbem confluerent, non sufficiente causarum multitudini Prætore, alterum electum, qui inter peregrinos jus diceret, unde & Peregrinum dictum: captis deinde provinciis, totidem Prætores, quot provinciæ in ditionem venerant, creatos: partim, qui urbanis rebus, partim, qui provincialibus præessent: progressuque temporis effectum, ut decem interdum, & octo Prætores jus in civitate dicerent, *d. l.* 2 § *capta.* 7. *de orig. jur. Fenest. cap.* 19. Omnis autem Prætorum potestas, quæ modò esset in judiciis, his tribus verbis, authore Festo, notabatur: DO, DICO, ADDICO. Primum, dandi Judicis significabat potestatem: *l.* 1. *de jurisdict.* secundum, juris dicendi, & sententiæ ferendæ: tertium, judicati faciendi, maturandæque executionis. Dicere enim, propriè ad dictionem sententiæ refertur: Addicere, est idem dicere, & approbare priorem sententiam exequendo. Nam Prætor exequens suam, vel Judicum a se datorum sententiam, *L. à divo Pio,* 15. *in prin. de re judic.* secundùm eam, velut repetitam, dabat, addicebatque rem victori; unde factum est, ut addicere idem, quod omni meliore modo alicui tradere, & (ut ita dicam,) solenniter, ac in jure magistratus authoritate appropriare, seu mancipare significet, *de in diem addict.*

OBSERVATA.

Prætor ut jus reddat.

Prætor dictus) Quemadmodum enim illi, qui jus suum legibus & edictis de singulis controversiis scriptum in jure persequebantur, *legere agere* dicebantur: ita qui juxta ea legibus edictisve comprehensa reddebant, *jus dicere* dicebantur. Unde potestas suum persequendi, *legis actio*: jus reddendi potestas, *jurisdictio* appellata est.

De quibus caus. jus dabat.

Publici privatique juris) Non intelligendum hoc ita, quasi Prætor de causis publicis potuerit cognoscere. Fuit enim in jure dicendo occupatus, in judiciis & quidem causis civilibus & privatis, non publicis. *Civiles* autem causæ dicuntur, vel quod jure civili comprehensæ, vel ex eo profectæ sint; *privatæ*, quod privatos, non verò Remp. concernant: vid. Sigon. *lib.* 1. *de judic. c.* 2. Cæterùm publicæ causæ ad Majestatem pertinebant, causæ verò criminales non jure Magistratus (qualis Prætor erat) deferebantur, sed ex speciali concessione.

Volun-

Non tantum habuit vol. jurisd.

Voluntariam jurisdictionem tantummodo) Prætores indistinctè omnem, & voluntariam & contentiosam jurisdictionem, habuisse probavit A. suprà ibi: *quæ voluntariæ habentur jurisdictionis*, per *l.1. & 2. h. t.* Hic per eosdem textus nititur ostendere, Prætores habuisse tantummodò voluntariam jurisdictionem, tempore JCtorum, Pauli & Ulpiani. Verùm etsi illæ leges saltem de actionibus voluntariæ jurisdictionis loquantur, tamen & aliæ sunt jungendæ: & ex *l.1. & 2. C. eod.* apertè patet, Prætores post illos JCtos, Impp. Constantini & Valentiniani tempore, habuisse jurisdictionem in genere causarum voluntariarum & contentiosarum. Add. Dn. Petez. *ibid.*

Contra Vefemb.

Prætoribus nullum mer. imp. nisi ex speciali conc.

In criminalibus non item) Ait contentiosam jurisdictionem tantùm obtinuisse in civilibus, non in criminalibus. Quasi verò Romæ fuerit jurisdictio (contentiosa) in criminalibus; cùm ejus objectum saltem sint res civiles, ceu *infr. ad tit. de jurisd.* dicemus. Aliàs certum est, Prætorem merum imperium non habuisse, usque ad Syllam: quamvis ex hinc non jure magistratus & proprio id habuerit, sed ex speciali, Syllæ vel populi concessione. Cæterùm provinciales procul dubio cum imperio mero missos esse, ait Bachov, *in not. h.* & rectè; erant enim provinciis præpositi, ut & jus provincialibus dicerent, &, si res cogeret, bellum administrarent, ideòque & jurisdictionem & militare imperium habuerunt. Vid. Sigon. *de antiq. jur. prov. c. 9.*

Prætor. urban.

Peregrinus.

Unde & peregrinum) Anno V.C. 386. creatus est Prætor urbanus, qui in urbe jus privatis diceret judicando vel judicari jubendo. Post magnâ turbâ peregrinorum in urbe confluente, creatus quoque est *Prætor peregrinus*, qui in urbe *inter peregrinos* jus diceret, si peregrinus in urbe ex contractu fortè ibi habito adversùs peregrinum agat, vel *inter peregrinos & cives*, si peregrinus adversùs civem (quia actor sequitur forum rei) vel si civis *adversus peregrinum*, quod Roma utrique commune sit forum: jung. Cujac. *parat. h.*

Jus dicit Prætor extraordinariè vel ordinariè.

Omnis autem Prætorum potestas) Tota Prætoris jurisdictio duabus in rebus posita fuit, ut *aut ipse judicaret*, quin casu decernere aut decretum interponere dicebatur, & quia rariùs id fiebat, *cognitio Prætoria atque extraordinaria* appellabatur; *aut alterum judicare juberet*, i.e. judicem, judiciumve aut actionem daret; quod posterius fiebat frequentiùs & dicebatur fieri *ordinariè*. Dicebat autem jus Prætor, vel *ex loco superiori seu pro tribunali* (quod erat locus celsior & multorum capax in comitiis) parte fori Romani in qua rostra erant (Conf. Rosin. *lib. 5. antiq. c. 5.*) vel ex *loco æquo seu inferiori*, etiam in via, quod *de plano* dicebatur, quasi summatim & defunctoriè, fiebatque quando res quandam cognitionem non desiderabat, ut in causis voluntariæ jurisdictionis. Jung. Sigon. *lib. cit. c. 9.* & de modo dandi judicem pedaneum idem *lib. 1. c. 21. & seqq.* Cæterùm notari inter reliquas hujus tit. leges meretur *l. Barbarius Philippus*, quàm optimè expositam novissimè reliquit Jac. Gotofredus. Habetur enim à DD. pro valde celebri, solenni & famosa. Cujus ex veriori sententia, duæ saltim sunt partes. Prima est, quod licet reverà servus fuerit Prætor, tamen substantialis forma & solennis illa, quod publicè designatus sit, electus & administraverit, sit attendenda. Celebrior autem pars altera est, an scilicet quæ publicè acta à *Barbario Philippo*, valuerint. Dubitandi causæ hæ sunt 1. juxta mentem Pomponii, Barbarius Prætor non fuit. 2. error voluntati est contrarius, *l. si per errorem. de jurisd.* ideoque per illum gesta nullius sunt roboris. 3. servus nequit esse magistratus, vel judex *l. 22. §. morbus. de judic. l. servus C. eod. l. non mutat. C. de lib. caus. 4.* adeoque nec competens judex ille dici potest, ejusque acta nulla sunt, *l. f. C. si à non comp.*

Adduntur ex pl. l. Barbarius l. h. t.

Rationes dub.

jud. Quin 3. si postea appareat eum servum esse, qui actus civiles celebravit, & isti nulli sunt, *l. non idcircò, §. 1. de judic. l. 19. qui & à quibus manum. l. 1. C. ne de stat. defunct.* Nihilominus causæ constituendi hæ dari possunt. I. Si gesta à servo Prætore non valerent, tum vergeret hoc contra utilitatem privatorum, qui (non aliter scientes, quàm quod undique justus esset Prætor) coram illo egerunt. Quod equidem absurdum, adeóque & injustum foret. II. humanum est & benignum ita interpretari actum, ut valeat potiùs, quàm ut non valeat vel destruatur, *l. 18. de legib.* Hocque principiis humanarum actionum convenit; quia homines in illum finem operantur & agunt, ut quod actum est, habeat effectum. III. ratio ex iisdem fontibus promanat, quia optimum principium humanarum actionum est Potestas. Populo enim Romano per plenitudinem suæ Majestatis in constituendis magistratibus, jus seu facultas fuit servo decernendi Præturam. Quod autem factum est ab eo qui potuit, illud pro irrito minimè est habendum. IV. Idem populus Romanus si sciisset servum esse Prætorem, & voluisset, potuisset ei dare libertatem; *arg. l. C. pro quib. caus. serv. pro libert. præm. lib. accip.* Quod argumentum itidem desumptum est ab altero ex duobus potissimis principiis humanarum actionum, scilicet Voluntate. Latet verò sub eo V. ratio, quod potuisset hoc facere populus Romanus causâ publici commodi: quod justum est ex principiis à publica utilitate deductis. Neque sic officiunt dubitandi rationes. Nam 1. licet inhabilitas fuerit & defectus in persona, hic tamen ad quod substantiale, scilicet publica & solennis electio atque functio attendenda est. 2. error quidem hic subfuit latensque, sed in persona tantùm, concurrit enim in eâ nihilominus publica electio & functio Præturæ, in quam utique consensum fuit, & in ea minimè erratum. Unde actus hi sunt quoque voluntarii. 3. Servus licet ratione personæ sit incapax, non tamen est talis propter factam electionem & subsecutam administrationem, sed titulum habet legitimum, lege creatus. 4. Inde etiam is incompetens magistratus dici non potest. Denique 5. aliud est in privatis, qui cùm ita electi non fuerint, sibi potestatem assumpserunt, quò spectant leges oppositæ. Conclusio ergo ex hoc textu rectè illa formabitur: Quæ ab incapaci (inhabili) per errorem publicè electo & admisso gesta sunt, valent. Extenditur illa in ipso textu ad Imperatorem, ita ut multò magis in eo observanda sit. Quod equidem haut sic capiendum, ac si Ulp. id intellectum voluerit de casu, si servus electus fuerit Imperator, sed si Imperator quoque (ut antè de populo dictum) servum errore aliquo Prætorem sive magistratum creaverit, quod & tunc hujus gesta rata manere debeant. Multò magis autem id obtinet in Imp. quia magistratuum creatione in urbe ad Principem translatâ, *l. un. ad L. Jul. de ambit.* longè facilius erat Principi hoc agere, quod in singulis è populo longè difficiliùs. Præterea verò utilitas legis h. porrigi potest ad illa, quæ gesta per magistratus à Tyrannis constitutos, *l. 2. 5. 8. 9. 13. C. Theod. de infirm. his quæ sub Tyranno.* Item si arbiter, à magistratu datus servus sit, *l. 2. C. de sent. interlocut.* Nec non quod etiam gesta à Notario sive Tabellione, aut judice inhabili vel putativo, nulla non sint, Idemque & ad alias inhabilitatis species porrigitur, utpote ad excommunicatos, Judæos, Paganos, Simoniacos, Consules, Senatores, Episcopos, Prælatos, & ad quascunque alias dignitates seculares & Ecclesiasticas. Ubi tamen accuratè distinguendum, an quis publicâ authoritate ad munus per errorem vocatus, institutus sit, an verò sibi ipsi munus assumpserit, & intrusus

Rat. decid.

Resp. ad contraria.

Conclusio ex h. l.

Ejus extensio & utilitas.

fit. In hoc enim secus est, *l. non ideircò §. 1. de midic. l. 1. C. ne de stat. defunct. l. si constet. de appellat.* Malè autem ex hac lege vulgò à DD. communiter concluditur, quod error jus faciat. Nam 1. jus omne oritur ex consensu tacito vel expresso. §. 6. 7. & 9. *de j. n. g. & c. l. 32. de legib.* non valebat quod servus Prætor gessit ex eo, quod communi errore pro libero haberetur, sed ob publicam authoritatem ejus & utilitatem hic concurrentem, *arg. l. 57. de re jud.* Videantur Br. Bl. Jas. Camillus Plantius, Cujacius, Robertus, Berengarius Fernandus, Arumæ, *ad pand. disp. 1. th. 21.* Lindemann. *de orig. jur. th. 280.* præ cæteris verò novissimè hanc legem & quæ à DD. hucusque ad eam commentata, accuratissimè examinans *dissertatione ad h. l. de electione magistratus inhabilis seu incapacis per errorem facta*, Jacob. Gotofredus.

Rejecta vulgaris h. l. interpretatio.

TITULUS XV. C. 1. 43.

De Officio Præfecti vigilum.

ET supra scripti quidem Magistratus interdiu jus dicunt: vespertinis temporibus & noctu eos in publico esse, aut jus dicere, inconveniens est, *l. 2. § deinde, 16. vers. & quia, de orig. jur. § sedebunt. Novell. de jud. consulunt, 24. de off. & po. jud. deleg.* Quare eorum vice noctu extra ordinem præerant urbi Quinque olim viri, & Triumviri nocturni, arcendis incendiis præfecti. Interveniebant nonnunquam & Ædiles, Tribunique plebis: quibus familia publica circa portas & muros disposita, & familiæ privatæ mercede conductæ, ad extinguenda incendia præstò erant. Sed postea pluribus uno die urbis incendiis, Augustus, *Suet. in ejus vita, c. 30.* septem cohortes opportunis locis constituit, ut binas urbis regiones unaquæque cohors tueretur: præpositis eis Tribunis, & super omnes spectabili viro (quem titulum ad Præfectos pertinuisse, Cassiod. ostendit,) qui Præfectus vigilum, aut etiam Prætor plebis. *Novell. 13. de prætor.* deinceps appellabatur. Hujus officium est, per totam noctem vigilare, & calceatum, armatumque oberrare cum hamis & dolabris, instrumentisque ad extinguenda incendia idoneis: atque omnes inquilinos admonere, ut curam adhibeant, ne per negligentiam, (ut fieri solet, *l. si vendita, 11. de per. & com. rei vend. l. si servus, 27 § si fornicarius, 9. ad l. Aquil.*) incendii casus oriatur. Præterea, ut aquam unusquisque in suo cœnaculo habeat, jubetur admonere. Et quia in ejusmodi tumultu furta & effractiones fieri solent, *tot. tit. de incend. ruin. naufrag.* permissum est, ut non modò de incendiariis, sed furibus etiam, effractoribus & capsariis, qui mercede servanda in balneis vestimenta suscipiunt, *vide Cuiac. Observat. lib. 5. c. 8.* Præfectus vigilum cognoscat, *l. 3. & 4. h. t.* possitque in eos pro merito animadvertere, usque ad fustem & flagella: nam si delictum sit atrocius, quàm ut ejuscemodi levi pœna vindicari debeat, putà, quia dolo malo incendium commissum dicitur, ad ordinarium Magistratum, præfectum urbi, res erit referenda, *l. si hoc tit. l. unic. C. eod.* Servum tamen in facinore deprehensum, propter utilitatem personæ, ultimo supplicio afficere, Præfecto vigilum concessum fuisse, apparet, *l. penult. de cond. caus. dat.*

OBSERVATA.

Causa creati præf. vigil.

a *Binas urbis regiones*) Magistratum hunc extraordinarium primus creavit Augustus. Septem enim cohortes, ut rectè A. in urbe constituit & disposuit, ut binas regiones urbis, (nam in regiones XIV. Roma dividebatur, teste Tac. *lib. 15.*) unaquæque cohors tueretur. Singulæ cohortes habuerunt suum Tribunum id est Capitaneum. His autem omnibus, tanquam supremus, præerat Præfectus vigilum, inde appellatus, quod præpositus esset illis vigilus, quibus ab incendio urbs munita est, vel quod gubernaret homines vigilantes, & nihil in perscrutando derelinquentes sec. Justin. *in N. 13. ubi* Cujac.

Quid hic hama, dolabrum.

Cum hamis & dolabris) Calceatus debebat oberrare, i. e. instructus & ornatus necessariis instrumentis, ut hamis & dolabris, *l. 3. § . 3. h. t.* Hama autem significat longum quoddam instrumentum ferream cuspidem & recurvam habens, quo paulisper à nobis disjuncta & remota attrahimus. Aliter Dn. Strauch *dissert. de jurisd. aphor. 14.* Dolabra verò instrumentum, quo ligna complanantur ad portas refringendas commodatissimum. Coras. *ad d. l. 3. § . 3. n. 3. & 4.*

De incendio ad l. 3. § 1. h.

c *Per negligentiam ut fieri solet*) Pertinet hoc ad explicationem *l. 3. § . 1. h. t.* Quæritur (1) *an incendium sit factum culposum, seu per negligentiam commissum solitum?* Quod negandum *per text. modò cit.* ubi dicitur, quod plerumque fiat culpâ, E. non semper. Potest enim incendium vel *quinque modis* contingere (1) dolo & data opera, P. H. O. *art. 125. l. 9. l. f. de incend. ruin. naufr.* (2) latâ culpâ seu per dissolutam negligentiam, *arg. l. 1. § . 9. de O. & A.* (3) culpâ levi *arg. l. 11. de peric. & commod. rei vend.* (4) ex culpa levissima *arg. l. 18. commod. pericl. d. l. 9. vers. si verò casu. de incend. ruin.* (5) Denique ex casu fortuito, tribus modis, 1. per hostium incursiones, latrones, & sic deinceps, *l. 30. § . 4. locat.* 2. Ictu fulmineo vel vi fulguris *l. 15. § . 2. l. 25. eod.* 3. Si ex ædibus vicini oriatur. Sed Quæritur II. *an in dubio incendium ex culpa inhabitantium exortum præsumatur?* Quod affirmamus *d. l. 3. § . 1. h.* Verùm quia culpa hæc præsumpta non sufficit ad condemnandum aliquem ad damni restitutionem: hinc qui agit contra inhabitantem (quamvis contra eum præsumptivè intentionem suam fundatam habeat) præterea certi & determinati alicujus culpâ, latâ, levi vel levissimâ esse factum incendium, probare debet, *arg. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Gail. 2. *obs. 21. n. 3. & seqq.* Mynf. 6. *obs. 88. n. 12.* Non dubium tamen est, quin ex conjecturis etiam illa culpa quandoque probari possit, ut si unus solus in domo combusta habitet, si probetur inhabitatorem habuisse ignem in loco incongruo & periculoso & flantibus ventis, si quis de nocte non tenuerit ignem vetitum, &c. Add. Menoch. *lib. 2. arb. jud. quæst. cas. 390. p. tot.* & Rauchb. *p. 2. q. 10. n. 36. & seqq.* Dn. Moller. *lib. 4. semestr. c. 31.* putans actoris intentionem ex sola culpa præsumpta esse fundatam, ut ad damni restitutionem agere possit, nisi inhabitator suam suorumque domesticorum culpam abfuisse probaverit, quod onus ei præcisè incumbat. Videtis de tota materia Joh. Lublerum *tract. de incendio.*

An præsum. ex culpa inhabitant.

Ultimo supplicio) Dicitur hoc in *tit. l. pen. de condict. caus. dat.* Sed objicitur *l. un. C. h. t.* Resp. A. ob vilitatem personæ servi hoc simpliciter concessum Præfecto vigilum, fortè extra ordinem. Azo dicit in *l. pen.* non fuisse publicum crimen licet capitale, indeque potuisse cognoscere. Sed hæc responsio omninò contraria est *d. l. un.* ubi præfectus vigilum de causis capitalibus cognoscere in genere prohibetur. Verùm cum respectus personarum; ceu suprà diximus, cessare debeat, etiam jure civili: hinc nec prima Autoris responsio sat firma erit. Dicendum videtur, Præfectum vigilum de facto (non de jure) sibi hanc potestatem sumpsisse, ut servum in facinore deprehensum ultimo supplicio afficeret. Secus ac jure *N. 1. c. 4. 6.* *Adde quoque de magistratibus nocturnis Polyd. Rep. tract. de noct. temp.*

Suplic. l. un. c. tit.

TITU.

TITULUS XVI. C.1.35.

De Officio Proconsulis & Legati.

HActenus de Magistratibus Urbanis: nunc de Provincialibus agimus. Provincias, quæ ante in Consulares & Prætorias erant divisæ, *Cicer. Philip.* 1. Augustus alias Senatui, populoque reliquit gubernandas: alias, & quidem validiores, ut inquit Sueton. suæ curæ reservavit: *Dion. Strabo, Alci. in l. speciosus, 00. de verbor signif.* *Sueton in Aug. ca* 47. illis præficiebantur a Senatu Procoss. cum summo Imperio, hoc est, Consulari, quomodo in libera Republ. antea usitatum erat, *l. fin. aliam.* 7. *cum ll. seqq. h. t.* quare & Legatis more majorum utebantur, his ab Imperatorib. Præsides aut Legati Cæsarum proponebantur, non tanta cum potestate, quanta erat Procoss. sed mandatis & diplomatis Principum, quibus omnis nimia potestas suspecta erat, plerunque coercita & temperata. Proconsul primus T. Quintius, Posthumio Albo, & Sp. Furio Coss. bello contra Æquos infeliciter gesto, creatus est. *Liv. dec.* 1. *l.* 3 *Fenest. de Magist cap.* 11. Propagatis deinde Imperii finibus, observari cœptum, ut quo quique anno Coss. fuissent, sequente Procoss. remanerent, & provincias cum Imperio sortirentur: in quib. plenissimam jurisdictionem habebant, & omnium partib. qui Romæ jus dicunt, ut Magistratus, aut extra ordinem judicant, fungebantur, ac merum summumque secundum Principem imperium obtinebant, *l. fin. aliam* 7. *cum l. seq. h. t.* Nam & Proconsul inde dictus est, quod consulari potestate mittatur, ut pro consule provinciam administret. Quare & cætera consularia insignia habet, præterquam quòd sex duntaxat lictoribus utatur, *l. penult. h. t. Cic. in Verr. act.* 7. Hanc autem potestatem Procos. extra suam provinciam non habet, *l.* 1. *h. t.* quamvis voluntariam jurisdictionem expedire, passim non prohibentur, *Fenest. præall. loco.* nam manumitti apud eum tam liberi, putà filiusfam. per emancipationem, quæ olim manumissionis erat species, *l. ult. C. de emancip.* quam servi, per manumissionem, & adoptiones fieri possunt, statim quam urbem est egressus, *l.* 2. *h. t.* In ipsa enim urbe Procos. Magistratus non fungitur, cum sit provincialis: unde extra civitatem accipit, ingressus, deponit Imperium, *l. fin. h. t.* Porrò ingressus provinciam, mandare jurisdictionem legato suo de voluntate Senatus adjuncto, *Cuiac. Observat. lib.* 7. *c.* 51. debet, qui ejus vicibus, quando unus omnia obire nequit, fungatur: *l.* 4. *§. fin. h. t.* & propriam quandam exerceat jurisdictionem, *l.* 4 *in princ. infr. de off. ejus l. legati,* 13 *verb. nisi (postquam scilicet) à procoss. mandata est jurisdict. hoc t. Cuiac. præall. loc. ex l.* 1. *Quis, & à quo appell.* præter gladii potestatem, quæ mandata jurisdictione non transfertur, cum ea non comprehendatur, sed specialiter ex lege competat, eoque ab ipso Procos. est exercenda: *l. solent,* 6 *h. tit.* qui in officio simul, & tota gubernationis ratione, moderate debet, & prudenter versari: *Cic. epist. ad Qu. frat.* 1. innocentibus parcere, *d. l. solent, in prin.* inquirere in malos: *l. congruit,* 13 *infr. de off. præsid.* non summatim, & per subscriptionem libelli causas litigatorum haudquaquam satis perpensas definire: sed pro qualitate rei propositæ, seria & momentosa, seriò atque cogitate, & solenniter, proque tribunali examinare, facilia verò, leviaque, & quæ expectationem judicii non ferunt, sed subito remedio opus habent, expedire de plano etiam extra tribunal, & locum editum judicii stans in plano, ac iter faciens, ubicunque opus est: *l. scire,* 13. *al.* 15. *de excus. tut.* §. 2. *Instit. de libert. in verb. vel in transitu.* denique in omnibus postulationibus modum atque ordinem retinere, *l. nec quicquam,* 9. *h. t.* muneribus, contractibus, præter ea, quæ victus quotidiani causa comparantur, *l. plebiscito,* 8. *de off. præsid.* ad evitandam avaritiæ, corruptelæque suspicionem, abstinere, *l. solent,* 6 *hoc tit.* Zenia tamen, obsoniaque, quæ hospitibus primum ingressis, benevolentiæ, & hospitalitatis ergo dari moris fuit, neque morosè repudianda, nec ab illo avarè sunt recipienda: sed, ut dicitur οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων, quod in Procoss. & aliis Præsidibus, qui vice Principis provincias obtinent, receptum & usitatum fuit, & adhuc etiam hodie usurpatur: scilicet, ut pro felici auspicio inter gratantium voces, tempore (ut vocant) introitus aliquid Xeniolorum summis his Magistratibus publicè offeratur, *l. 2. ubi Dd. C. de aur. coro.* 10. Cæterum inferioribus Magistratibus, & præsertim Judicibus, qui publica salaria habent, non licet a privatis munuscula privata accipere, ne esculenta quidem aut poculenta, *l. penult. in verb. nihil penitus ab eis accipientes, ubi gl. ad verb. avaritiam, & Bart. Angel. in Authen. ut jud. sine quoque suffr. gl. in l. plebiscito,* 18. *de off. præs. vide l. . & 2. & 1. . C. de pœn. jud. qui mal. jud. Canon. in c. statutum,* 11. *§. insuper, de rescript. in* 6. *Coras. in d. l. plebiscito, qui docet, hanc esse communem. Eodem pertinent præcepta divina, Exod.* 23. *Deut.* 16. *Proverb.* 17. *Esa.* 1.3. *Eccles.* 20. *l. venales,* 7. *C. quan. pro. non est nec.* Cic. in Verrem. Omnium rerum turpissimum, maximeque nefarium, est ob rem judicatam pecuniam accipere, pretio habere addictam fidem ac religionem.

OBSERVATA.

Provincia quid.

Hactenus) Superius dictum Autori fuit de magistratibus urbanis, qui scilicet in urbe jus dicebant. Sequuntur Provinciales, qui extra urbem in provinciis potestatem habuerunt & exercuerunt. Provincia autem erat regio, quæ in potestatem populi Romani adducta, vectigalia pop. Romano pendebat, & magistratui Romano ex fœderis lege obtemperabat. Vid. Sigon *de antiq. jur. Prov. c.* 1. Quomodo autem provincialibus jus sit redditum, latè integro *libr.* 2. *de antiq. jur. Prov.* tractat idem Sigonius.

Proconsul quot mod. dicatur.

Nam & proconsul inde dictus) Proconsules quatuor modis dictos fuisse testatur Rosin. 7. *antiquit. c.* 42. *in pr.* (1) eos, quibus post annuum consulatus tempus, prorogatus fuit magistratus, ejusmodi proconsul primus fuit Q. Publius Philo, Liv. *lib.* 8. (2) qui ex privatis ad provincias vel ad gerendum bellum missi sunt, nullo ante gesto magistratu urbano, qualis fuit P. Cornelius Scipio, de quo Liv. *lib.* 26. (3) qui ex magistratu urbano in provincias sunt profecti: (4) qui constituta Monarchia à Senatu in provincias eas, quæ populi fuerunt, missi sunt. Et hac in significatione vocabulum proconsulis accipitur hic & præsidi contra distinguitur.

Legati jurisdictio.

Quamvis voluntariam jurisdictionem) Habet eam uterque & Proconsul, *l.* 2. *h.* & ejus legatus, *l.* 17 *pr. & §.* 1. *de manum. vind.* quia jure magistratus uterque habet jurisdictionem, ergò omnes jurisdictionis species. Obstat *l.* 2. *§.* 1. *h. t.* Resp. hanc controversiam decidendam esse ex natura illius jurisdictionis, quam legatus proconsulis habebat à Senatu concessam (potest enim is quo vult modo concedere.) Nimirum (1) non habet mandatam seu delegatam, sed propriam à Senatu jurisdictionem, *l.* 4. *de offic. ejus* (2) illa & in proconsule & in legato ejus erat restricta certo subjecto, scilicet provinciæ, *l.* 1. *h. t.* (3) actu tamen legatus illam non poterat exercere, antequam proconsul mandabat, *l.* 13. *h. t. l.* 3. *§.* 4. *de susp. tutor.* His præmissis dist. ex *l.* 4. *§. f. h. t.* Proconsul vel est ingressus provinciam, & mandata ei jurisdictio, & tum apud eum potest manumitti, *d. l.* 17. *§.* 1. ratio est in *l.* 4. *§. ult. h.* Vel nondum est ingressus; & tunc quia ipsemet proconsul verè non habuit jurisdictionem *d. §.* 4. idem nec mandare potest legato, nec hic manumittere *l.* 2. *§.* 1. *h. t.* Objicitur *l.* 3. *h. t.* quod apud legatum omnino non sit legis actio. Resp. (1) scilicet antequam ingressus est provinciam proconsul: (2) & mandata ei à proconsule jurisdictio. Gl. *h.* Cæterum quod tutorem dare possit legatus, hoc habet non vi jurisdictionis suæ, sed quia id specialiter ei concessum, ex constitutione D. Marci *l.* 1. *§.* 1. *de tutor. & curat.*

Quæ propria & ordinaria fuit, non delegata.

Propriam quandam) Q. *An legatus Proconsulis propriam habeat jurisdictionem; an verò mandatam?* Prius aff. (1) per *l.* 4. *de offic. ejus.* quia jurisdictionem ut magistratus habet & ordinariam, non autem ex man-

dato: (2) Senatus ipse dabat proconsuli legatum: quasi adjutorem. Quippe cum varia & infinita essent, quæ ad proconsulis officium pertinebant, ita, ut solus iis omnibus vacare non posset, usus est ad eam rem vicariis: hocque nomine ei legatus vel à Senatu dabatur, vel à Proconsule permissu Senatus adsciscebatur, vel lege aliqua extra ordinem eligebatur, juxta Sigon. *d. lib. 2. c. 2.* (3) à legato Proconsulis potest fieri appellatio, *l. 2. quis & à quo app.* hæc autem fit à magistratu inferiore ad superiorem. (4) Ab Historicis etiam legatus Proconsulis inter Romanos magistratus, non minus ac alii, refertur, Onuphr. *3. de imp. Rom.* Propria autem jurisdictio est, quam quis suo jure habet, *l. 5. de Jurisd.* Nec officit *l. 12. h. & l. 13. eod. l. 1. §. de susp. tutor.* Resp. dupliciter propria dicitur jurisdictio (1) quoad actum primum, quam quis habet jure magistratus, seu jure residente in sua ipsius persona & non aliena, *d. l. 5. de jurisd.* (2) in hypothesi dicitur propria jurisdictio quoad legatum proconsulis effectivè, quæ est in actum secundum producta seu excitata; nam cum ita comparatum sit cum jurisdictione legati, ut eam exercere nequeat, nisi à Proconsule admonitus, rectè dicitur nihil habere proprium, in actu scilicet secundo, nisi mandata jurisdictione, *dd. ll.* ex eo enim tempore incipit ea, quam habet, propria per virtutes seu effectus suos se ostendere. conf. Bach. *in not. h.* ubi rectè dicit speciale esse in legato (scilicet ob qualitatem jurisdictionis singularem) quod ei jurisdictio mandetur. Adde inprimis Suth. *de jurisd. th. 346. & seq.* Diss. D. Arn. Vinn. *de jurisd. c. 8. n. 2.*

Præter gladii potestatem) Q. *An legatus habeat gladii potestatem seu merum imperium?* Neg. *per l. 11. & l. 6. pr. h. t.* Obstat *l. un. C. h. t.* Resp. cum legatus sit minister proconsulis & adjunctus, ille potest huic mandare auditionem facti criminalis seu notionem; quod tamen fit extraordinariè, in hoc enim instar judicis dati, fungiturque tantùm munere judiciario, *arg. l. 1. C. h. l. 6. de accus.*

TITULUS XVII. C. l. 37.

De Officio Præfecti Augustalis.

UT Senatus populusque suis provinciis præficiebat Procos. ita Augusti in suas pari potestate Præsides mittebant: atque is quidem, qui Ægypto præficiebatur, Præfectus Augustalis est appellatus. Augustus enim Imperator Ægyptum, quam primus in formam provinciæ redegit, a cæteris provinciis segregavit, propriamque sibi servavit: prohibens Procos. aut ullum Senatorem, equitemve illustri dignitate functum, eam sine suo permissu ingredi: veritus, authore Tac. *lib. 11.* ne fame urgeret Italiam, quisquis eam provinciam, claustraque terræ & maris, quamvis levi præsidio adversus ingentes exercitus insedisset. Lege igitur lata constituit, ut ad similitudinem Procos. mitteretur ab Augusto Eques Romanus in Ægyptum, qui nomine Cæsaris provinciam gubernaret. Hinc præfectus Augustalis peculiari nomine dictus; vel quia Augustali, hoc est, prætorio in Ægypto præfectus erat, *l. 1. eod. tit.*

OBSERVATA.

Potestas præf. Augustalis.

Ægypto præficiebatur) Nimirum Antonio & Cleopatra Reginâ Ægypti devictis, Vid. Rosin. *lib. 7. antiq. c. 46.* & Cujac. *parat. C. h. t.* Tunc enim Augustus præposuit Ægypto Rectorem, non ex Senatoribus, ut reliqui fuerunt provinciarum Rectores, sed ex Equitibus, ne, si violentiores Præsides nacti essent, ut fuerunt leves & mobiles Ægyptii, facilè ad res novandas impellerentur, Rosin. *d. l.* Hic Rector præfectus Ægypti s. Augustalis, omnia tributa à moderatoribus provinciarum exigi jubebat, & ad eorum solutionem militari auxilio cogebat, *l. 1. C. h.* summa quæque tractabat, judicia verò in potestate Judicis relinquebat, nec deponebat præfecturam, priusquam successor ejus Urbem Ægypti celeberrimam Alexandriam ingressus esset *l. un. h.* cum aliis præfectis & præsidibus sufficeret successorem in provinciis venisse *l. 10. s. prac. l. 17. s. seq.*

TITULUS XVIII. C. l. 40.

De Officio Præsidis.

NOmen Præsidis generale est, eo quod & Procoss. qui à Senatu in provincias mittebantur & Legati Cæsaris, quos Augusti suis provinciis præficiebant, & omnes denique provincias regentes (licet Senatores sint) præsides appellantur. *l. 1. h. t.* Præses enim à præsidendo sit, quod late patet: at Proconsul dici nequit, nisi qui vice Consulis amandatur, *d. l. in fin. l. 1. C. de off. præf. præt. Aphr.* Præses majus imperium universis post principem in provincia habet, *l. 3. h. t.* & de omnibus causis, de quibus vel præfectus urbi, vel Prætorio, itemque Coss. ac Prætores cæterique Romæ cognoscunt, rectorum & præsidum in provincia notio est, *l. de omnibus 10. h. t. cum l. seq.* omniumque Romæ magistratuum vice & officio funguntur; unde & provincialia edicta exemplo prætoris constat ab iis proposita, ad quæ commentaria I. C. scripserunt, *l. 1. de alien. jud. mut. caus. l. 4. de judic.* Minorem tamen, aut certe restrictiorem fuisse præsidum quam Procoss. potestatem, paulo ante dictum est: *ad tit. de off. Proconsul.* nam ut alia taceam, deportandi jus non habuerunt Præsides, quod procoss. pro summi imperii jure, velut præfecto urbi permissum fuisse, consentaneum est. *l. 2. §. fin. de pæn.* item, Legato cognitionem suspecti tutoris mandare Præses non poterat, *l. 1. § suspecti mi S.C. Tur pil.* Proconsul velut summus & liberior magistratus potuit, *l. 1. § damus ff. de susp. tut. §. 1. Instit. de susp. tutor.* Nam hic Legatum ex S. C. habebat, & ei jurisdictionem omnem, atque ideo hanc quoque ex lege, *Instit. de susp. tutor. in prin.* mandare poterat. Præses Legatum non habebat, *Goveran. in l. 1. de jurisdict. Nov. 8 in fin.* cum ipse Legatus esset Cæsaris. Itaque nulla hic fit in titulo Legati mentio, ut in superiore, de Off. proconsul. & legat. sed tantum judicis in causas singulas dandi jus habebat, *l. cum prætor. de jud. l. 2. C. de pedan. judic.* qua delegatione cum non transferatur jurisdictio, multo minus suspecti cognitio potuit transferri, *unde quæ dixit in Instit. de suspect. tutor.* Ex quo & similibus multis intelligi licet, Præsidis nomen generale quamvis sit, tamen propriè accipi hoc in titulo, & alibi pro Legato & Vicario Cæsaris in provinciam misso, cujus magistratus & officium à Proconsulatu sit separatum. *l. 1. C. de off. præfect. præt. Aphr. tot. tit. C. de off. rect. pro.* quemadmodum & hic diverso titulo ab illo est sejunctum. Ac circa ætatem Justin. diminuta indies magis Præsidum potestas, & longe infra Proconsularem potestatem dejecta fuisse videtur: quemadmodum & ipsæ provinciæ nobis divisionibus plures quidem, sed minores factæ sunt. Deinceps est enim recta a Præsidib. ad Imperatorem [illegible] Præfectis prætorio Aphricæ, Orientis, Illyrici: quib. Præsides partere coguntur, *tot. tit. C. de off. præfect. Aphr. l. in offic. 4. l. quæ ordinariam. 7. C. de off. rect. pro.* Officium autem Præsidis est, curare ut pacata sit & quieta provincia, & ab hominibus malis repurgetur: *l. 3. l. congruit. 13. h. t.* neve illicitas exactiones provinciales perpetiantur, præsertim à potentioribus: *l. illicitas. 6. h. t.* humiliores ab injuria defendere: calumnias obstruere aptesid. *l. illicitas. §. ne potentiores. 2.* licitarum negotiatio-

num

num usum cuilibet concedere, perniciosissimum nemini: *d. l. 6. § 4. eod.* in jure reddendo ita se gerere, ut neque nimia in adeundo asperitate difficilem, neque contra immodica familiaritate contemptibilem sese præbeat. Nam ex conversatione æquali contemptio dignitatis nascitur: hinc mandatis adjicitur: *de quibus in Auth. de mand. princ. & quæ dixi in l. unic. C. eod.* Ne præsides provinciarum in ulteriorem familiaritatem provinciales admittant *l. observandum 19.* Sed & in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putat, neque precibus calumniosorum illachrymari oportet. Id enim non est constantis & recti judicis, morbum animi vultu prodere: & in summa, ita jus reddere debet, ut authoritatem dignitatis ingenio augeat: *d. l. observandum. h. t.* inque judicando magis spectet, quid fieri debeat, quam quid ab aliis usitatum sit, *l. sed licet. 12. h. t.* Non enim exemplis, sed legibus est *l. nemo. 13. C. de sent. & interloc. omn. jud.* judicandum. Porro munera capere, nisi esculentum poculentumve, quod intra dies proximos prodigatur, *l. plebiscito. 18. h. t.* aut fines provinciæ suæ egredi, ne ea rectore careat, fas non est, *l. illud. 15. eod.* De suis quoque causis ad evitandam suspicionem parcissime jus dici sinere: & hactenus tantum: ut si quid invito accidat, veluti si injuriam aut furtum passus sit, litem contestetur, causa post depositum magistratum examinanda, *l. Senatusconsulto. 16. h. t.* ut putatur S. C. cautum: quanquam & aliter illud accipi potest: scilicet ne in urbe, nisi parcissime, & quia ad constitutionem, jus dicatur de Præsidum, & eorum qui hos comitantur, causis: ne videlicet absentia justa, & reip. causa suscepta, præsentib. vel absentibus fraudi sit. Sunt & alia constitutionib. Principum addita, ut ne contrahant, *l. unic. C. de contract. jud.* & similia: *t. t. C. de omn. jud.* de quibus etiam supra ad tit. de off. Proconsul. est dictum. Quæ omnia mandatis & diplomatis Impp. caveri comprehendique, atque ita Præsidum potestas magis quam Procoss. adstringi solet: *In Auth. de man. prin. vide C. de offic. rect. pro. cum multis § seqq.* prout superius est expositum.

OBSERVATA.

Præses prov. habuit merum imp.

Nam ut alia taceam) Ostendere vult Wesenbec. restrictam magis fuisse Præsidis quam Proconsulis potestatem; (1) quod Præses non habuerit jus deportandi: (2) legato non potuerit mandare cognitionem suspecti tutoris: (3) quod non potuerit mandare Jurisdictionem, sed tantum judicem dare: *Primum* examinat Bachov. *in not. h.* adjectâ ratione quod Præses habuerit

Et jus deport.

jus gladii & damnandi in metallum. Et rectè inde concluditur, habuit Præses ergo etiam jus deportandi (t) per *l. 6. § 8. h. t.* absurdum namque est, ut ei (Præsidi) cui vitam gladio adimere licuit, non licuisset id quod minus est, puta deportare, confiscare aut levius coercere *l. non debet l. de reg. jur.* Quemadmodum fatetur Cujac. *obs. 30.* sibi non constans *in ff. parat. ad t. de off. præf. præt.* ubi statuit contrarium; (2) gladius fuit symbolum hujusce summæ potestatis, quem propterea Impp. in urbe gestabant, ut de Vitellio testatur Tacit. *lib. 3. histor.* & de Præsidibus in provinciis D. Paulus *ad Rom. c. 13.* E. sub gladii potestate continetur datio in metallum, deportatio, publicatio bonorum & alia judicii exercitio lege delata: (3) Augustum legatos in provincias nondum pacatas cum exercitu misisse, & jus gladii eis concessisse testatur Dio *lib. 53.* (4) Præsides iis pœnis quemque afficere possunt, quæ aut vitam adimunt, aut servitutem injungunt, aut civitatem auferunt, aut exilium, aut coercitionem corporis continent *l. 6. § ult. d. pœn.* (5) Constat illud ex variis pœnis quibus Præsides Romani etiam homines Christianos affecerunt; quorsum enim tam varias pœnas inflixissent, nisi quia jure gladii concesso omnimodam coercitionem habuerunt? Diss. Aut. & alii, *primùm* per *l. 2.*

Contra Wesenb.

§. de pœn. Respondet rectè Merill. *variant. ex Cujac. lib. 1. c. 2.* & *d. l. 2. de pœn.* & *l. 6 § 8. h.* utramque esse Ulpiani: hujus autem tempore (teste Dion. qui synchronus illi fuit *d. l. 53.*) divisas fuisse provincias. Quicunque itaque universas provincias tum regebant, illi semper jus gladii habuerunt atque alias coercitiones *d. l. 6. § 8. h.* at Præsides alicujus provinciæ divisæ nec jus gladii habuerunt, nec jus deportandi, *d. l. 2.* nec jus confiscandi, *l. un. C. ne sin. juss. Princip.* nec aliam majorem animadversionem, *l. 4. C. de locat. cond. junct. l. 11. de offic. proc. & leg.* suberant enim aliorum jurisdictioni, veluti Præfecti Prætorio *d. l. 4.* Proconsulis, aut alterius Rectoris qui universam provinciam gerebat, quique jus gladii habebat. Idem respondendum est ad *l. 1. § 3. & 4. de leg. 3. & l. 6. § 1. de interd. & releg.* quæ itidem sunt Ulpiani. Dici quoque potest, jus deportandi etiam habere Præsides *d. l. 6. § 8. h.* at Principis voluntatem prius exquirendam, ut is, comprobatâ deportationis sententiâ, quam Præses tulit, assignet insulam, *l. 1. § 3. de legat. 3. l. deus 27. § pen. de pœn. l. 1. pr. quand. appell.* fortè

Potuit legato mandare cognit. susp. tut.

si insula non sit in ea provincia quam Præses tenet. *Secundum*, quod scilicet legato non potuerit Præses mandare cognitionem suspecti tutoris, Bachov. *in not. h.* nugas esse ait, quippe cum Aut. fateatur statim *in l. mox seqq.* Præsidem legatum non habere; quamvis (quod addendum) nec in hoc sibi constet, *infr. in pr. tit. de off. Jurisd. Alexand.* ubi, an hoc verum sit, videbimus. Deinde nec contrarium probatur per *alleg. l. 1. § 11. ad Senat. Turpill.* quia legatus Proconsulis mandatâ Jurisdictione habet suspecti cognitionem, *l. 4. § 4. de susp. tutor.* & *in d. § 11.* per verba: *pro tribunali tantùm*, & per verba: *nullus alius quam Præses*, excluditur inferior tantùm magistratus, qui non habet tribunal, non verò mandatarius jurisdictionis. Cæterùm an cognitio suspecti tutoris possit mandari, dicetur *infr. ad tit. de offic. ejus.* *Tertium* denque non minus fundamento caret:

Potuit jurisd. mandare.

Quippe qui jure proprio habet Jurisdictionem, is potest eam mandare *l. 1. de offic. ejus l. 5. de Jurisd.* At Præses Jurisdictionem proprio jure habet. Quod indubium est. E. Neque in hoc differt Præses à Proconsule & ejus legato, cum & Proconsul judicem dare possit, *l. 1. de Jurisd. l. 12. de offic. procons. l. 12. § 1. de Judic.* vel Jurisdictionem mandare, *arg. d. l. 1. de offic. ejus.*

TITULUS XIX.

De officio Procuratoris, Cæsaris, vel rationalis.

IN libera repub. penes Quæstores erat cura quærendæ, servandæ, atque expendendæ pecuniæ publicæ: sub Augustis, ut alia multa, sic & hoc innovatum, constitutique Procuratores Cæsaris sive rationales: quorum partim ærarium populi, quod postea Principis fiscus fuit, partim patrimonium ejus privatum curarent. Quamvis autem promiscuè & Procuratores & rationales appellentur, *l. fin. C. si ad vers. fisc. l. ad fiscum C. ubi caus. fisc.* tamen qui fisco præsunt *Govean. lib. 2. de jurisd.* in urbe, Præfecti ærario dicuntur: qui in provincias mittuntur, propriè dicuntur Procuratores Cæsaris *l. si procurator 5. l. ne procuratoris. 30. de jur. fisc. l. universi. C. ubi caus. fisc.* vel reipub. aut rationales summæ rei: *l. dominicu 7. C. ubi caus. fisc.* qui privatarum rerum curam gerunt, Rationales rei privatæ, *l. un. 4. C. de fund. rei priv. lib. 11.* aut rationales tantum, *l. 2. C. de mand. mil.* aut Comites rerum privatarum sacri palatii, sacrique patrimonii, *tot. C. de off. com. rer. priv.* aut Palatini, *t. t. C. de offic. cum sacr. pal.* aut Dispensatores, Actores, Curatores rerum Cæsaris, *l. 2. C. si advers. fisc. l. fin. h. t.* Alii, *Alex. in d. l. universi. Baro hic ad rubr.* contra malunt, Rationalem publicis rebus, Procuratorem privatis præesse: quod ego in medium relinquo, nam Rationalis nomen commune fuisse tandem, apparet ex Capitol. Lamprid. & aliis, Nostri autem consulti, *d. l. si procurat. d. l. ne procuratores.* qui castius locuti sunt, eum qui publicum

fiscum

fiscum curaret, Procuratorem Cæsaris, nusquam (quod sciam) Rationalem dixerunt: atque ipsum sane rationis nomen magis ad causam privatam pertinet, quam publicam. Horum postea sub Claudio vires sumpsit; qui illos adæquavit legibus, ut quicquid statuissent, esse ratum, perinde atque ab ipso foret constitutum, *Tac lib.* 12. quo tamen non existimandum est, iis permissum, ut deteriorem rem Cæsaris facere possint, *l.* 1. *h.t.* Præcipuum officium Procuratorum est, cogere pecuniam principis, sive ex hæreditate, sive delicto, sive aliunde debitam: ac si de ejusmodi rebus oriatur controversia, eorum est notio, ut inter Cæsarem & privatos judicent *tot. tit. ubi caus. fisc.* quæ jurisdictione a Præsidibus quidem provinciarum interpellari potest, *d. l. nec quicquam sup. de offic. procons. l.* 2. *C. de off. com. sacr. pal.* Etsi autem notionem habent Procuratores: imperii tamen potestate destituuntur: unde jus deportandi, pœnæ constituendæ, *l. si hoc tit.* mulctæ dicendæ, *l.* 2. *C. de mod. mulct.* restituendi in integrum, *l.* 1. *C. si advers. fisc.* nullum obtinent.

O B S E R V A T A.

Quis sit procurator Cæsaris.

Tamen qui fisco præsunt) Bona Principis alia sunt *fiscalia*, alia *patrimonialia* seu privata, quæ de privata Principis substantia ita dicuntur, *l. bene C. de quadr. præscr.* Utraque intelliguntur esse Principis, *d. l.* ejus propria aut quasi propria & privata, *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. publ.* Patrimonialia tamen in dominio & patrimonio Principis propriè sunt, ideoque ad hæredem transeunt, etiamsi in imperio non succedat, illa verò in quasi patrimonio. Utrisque bonis administrandis Princeps præfecit Procuratorem, alium scilicet rebus fiscalibus curandis, qui *Procurator fisci* s. Comes sacrarum largitionum dicebatur; alium privatæ suæ substantiæ, per quem dominicæ & divinæ h. e. imperatoriæ domus privata substantia gubernabatur: & hic fuit is, de quo hîc agitur, *Procurator Cæsaris*: qui & Rationalis dicitur, quod Principis rationes tractet & procuret, item Procurator patrimonii, *l. cum servus* 39. §. *f. de leg.* 1. & comes rerum privatarum.

Habuit aliquam jurisd.

Etsi autem notionem habent procuratores) Verum constant *ex l.* 4. 5. *& t. t. C. ubi caus. fisc. vel. divin. dom.* quod Procurator Cæsaris jus habeat cognoscendi de controversiis inter Cæsarem & privatos super debitis ex hereditate, delicto, contractibus orientibus, ut & de causis fiscalibus civilibus, veluti actorum, procuratorum, conductorum, colonorum, inquilinorum, rei privatæ, servorum &c. Ideoque falsum est Procuratorem saltem notionem de his habuisse, ut Aut. putat, cum hæc sit judicum saltim pedaneorum, *l.* 5. *de re jud.* Procurator verò hic inter magistratus referatur. Deinde etiam verum quidem est, eundem non habuisse imperium merum seu potestatem gladii, cum subsit Præsidi seu Rectori provinciæ, unde non potuit deportare, *l. ult. pr. h.* nec mulctam indicere, *l.* 2. *C. de mod. mulct.* Hoc enim faciebant ii tantum quibus erat publicè judicium h. e. jurisdictio inter omnes *l.* 2. §. *f. de eod.* Procurator autem Cæsarum inter fiscum & privatos habebat jurisdictionem, *d. l.* 2. indeque nec mulctam dicunt defensores civitatum, *l.* 5. *C. de def. civ.* At quin tamen aliquid etiam coercitionis causâ statuere potuerit Proc. Cæs. atque sic habuerit mixtum imperium, quamvis in minore gradu, non videtur dubitandum; cum sine aliqua, levi scilicet coercitione, nullus ferè magistratus consistere possit, *l.* 5. §. 1. *de off. ejus.* Jung. Bach. *in not. h. t.* Cæterum illud hic jus singulare est, quod Procuratoris Cæsaris jussu servus fisci possit adire hæreditatem nomine Principis, *l.* 1. §. *f. h. t. & l.* 25. §. 2. *de acquir. hared.* quod in aliis Procuratoribus secus est, *l.* 90. *eod. t.*

Non verò mer. imp.

Singulare.

T I T U L U S XX. C. l. 56.

De officio Iuridici Alexandriæ.

Etsi in provinciarum administratione moris erat à Præside vel ejus Legato judices dari, qui de causis singulis cognoscerent: tamen peculiariter Alexandriæ, potentissimæ Ægypti civitati, & munitionibus portibusque opportunissimæ, ab Augusto Judex peculiaris est præfectus, penes quem legis esset actio, & ordinarius magistratus: adeo ut ea quæ imperii esse videntur, ut dare tutores, exequi posset: *l.* 1. *&* 2. *hoc tit. l. unic. C. eod.* sive quia indulgere Alexandrinis hanc libertatem voluit, ut sub juridico liberius viverent: nam & postea jus Buleutarium, id est, creandorum decurionum, a Severo impetrarunt: *Spart. in Severo*: sive, quod verisimilius est, & in quo secutum Alexandri consilia Arrianus author est, quia tutum non credidit uni Præfecti fidei tam munitum regnum, tamque præpotentem, *Cicero de l. Agrar. fac. quod tradit Suet. in Cæsare c.* 35. civitatem committere. Itaque præfecto Ægypti velut speculatorem apposuit Juridicum: qui etsi minor esset, tamen amoveri a Præfecto non poterat, *l. penul. C. de offic. præ. August.* & ad exploranda ejus consilia erat optimus opportunus.

O B S E R V A T A.

Præses non habuit legatum.

A Præside vel ejus legato) Non constat sibi Wesenb. Statuerat *supra h. t. de offic. Præsid.* in eo esse differentiam in Præside & Proconsule, quod hic habuerit legatum, ille non habuerit. Et Scipio Gentilis *de Jurisd. d. s.* 10. *in pr.* probabiliter admodum defendit, etiam Præsidibus alios fuisse legatos adjunctos, quibus Jurisdictionem mandarent, præsertim si latior provincia esset. Verùm rectior sententia videtur Alciati, Goveani & aliorum, qui hoc negant, *per l.* 1. *l. pen. de offic. Præsid. & l.* 12. *de accusat.* ubi ipse Præses legatus Cæsaris seu Imperatoris appellatur.

Juridici Alexandr. Jurisdictio.

Adeo ut ea quæ imperii esse videntur) Juridicus hic seu Judex peculiaris Alexandriæ datus, liberam habuit de negotiis quibuscunque juris dicendi potestatem, *l.* 1. *h.* eratque singularis magistratus & propriam habebat jurisdictionem. Eidem verò duo specialiter (non jure magistratus) concessa erant, scilicet (1) ut tutorem dare posset ex constit. D. Marc. *l. f. h.* (2) ut jus actorum conficiendorum haberet, ita, ut donationum insinuationes coram eo fieri possent, *l. un. C. eod.* Et ex his patet itaque falsum esse, quod Wesenb. posse dare tutores refert ad ea quæ imperii videntur, contra expressum text. *l.* 1. *& a. h. & l.* 6. §. 2. *de tutel.* Sed de quo ad *tit. seq. n.* 4. plura dicemus.

Speciali-ter ipsi concessa.

TITULUS XXI. C. l. 10.

De Officio ejus, cui mandata est jurisdictio.

1. *Quid sit propriè, mandare jurisdictionem.*

Quia magistratus vel propter occupationes publicas, vel ob causarum multitudinem & varietatem, omnibus sufficere nequeunt, mandare aliis jurisdictionem solent, *l. solet 16. infr. de jurisd. om. jud.* vel in universum, ut Procos. Legatis : *l. 4. cum seq. supr. de off. proconf. l. 2. §. fin. quis & à quib. appell.* vel etiam unam aliquam jurisdictionis speciem, *l. 1. vers. & si à familia. h. t. d. l. solet. l. prator. 17. de jurisd. &c.* quod præsidibus qui Legato destituerentur, permissum non fuit, etiamsi judices dare potuerint, *l. cum. prator. 12. de jud. l. 2. 3. 4. C. de ped. jud.* qui distant ab eo cui jurisdictio mandatur. *Cujac. & Goven. in tnat jurisdict. com.* quanquam & his quoque ex causa Vicem gerentes tanquam Legati à Principe vel præfectis prætorio adjungebantur, *l. 1 & 2. C. de offic. ejus, qui vic. rec.* quibus administratio jurisdictionis mandaretur, & ad leviora disceptanda ipsi ejusmodi universalem judicem pedaneum eligere potuerunt *l. ult. C. de peda. jud. ubi dixi.* Itaque post exposita magistratuum genera, consequens fuit explicare, quatenus jurisdictio mandari possit, & quod sit jus cui mandata est, officium.

2. *Quæ mandata jurisdictione, non transeant.*

Ac de iis quidem, quæ mandata jurisdictione non transferuntur, prodita est regula. Quæcunque specialiter (hoc est, nominatim & designate, *l. aut damn. 8. § 3 de pœn. l. neque mater. Cod. de jur. dot. l. 1. § inter filium 4 & l. D. Claudius 15. ad l. Corn. de fals. l. quaro. 39. de act. empt. l. sed etsi 4. §. quasitum si quis caut.*) lege, vel S. C vel constitutione Principum tribuuntur, ea mandata jurisdictione (cui non insunt quæ specialiter a lege tribuuntur) non transferri. *l. 1. in princ. h. t.* Si enim fines privatorum mandatorum diligenter custodiendi sunt, *l. 5 mand. l. cum mandati. 1. C. eod.* & qui hoc expediendum suscepit, alteri delegare vices suas nequit : *l. 2. si mens. fals. mod.* quanto religiosius præscripto legis, Principisve, ex certa causa aliquid specialiter mandantis, est parendum?

3. *Cur merum Imperium transeat.*

Unde Merum Imperium, & Jus gladii, quod lege dari solet, mandata jurisdictione non transit, S. C. enim aut lege jussuve populi, magistratibus quæstiones publicorum judiciorum exercendæ mandabantur, quanquam postea sub Augustis diplomate principali certis magistratibus, ut Præfecto urbi, attribui cœperunt. Non igitur mandata jurisdictione transferuntur : quia nec hac continentur, sed ab ea res sunt plane separatæ ac diversæ : quippe quæ non vi jurisdictionis, sed ex speciali privilegio competant *l. 1. h. t. l. 3 supr. de jurisdict.* ex separatis autem nulla fit recte illatio : *l. Papinianus 20. de minorib.* nec † quod in genere non est, mandato genere transire dicendum est. Quin etiam ne specialiter quidem delegari, extra casum necessitatis, *l. h. t. l. nemo. 71. de reg. jur. vide l. 2. C de ped. jud.* jus gladii potest : *l. solent. 6 de off. procons. vide infr. de jurisdict.* quia jure privilegii personalis competit, quæ autem sunt ejusmodi, transferri in alterum non possunt, *l. de constit. Prin. l. ea qua. ad municip. Bart. in l. etiam, de jurejur. per l. ex pluribus. 42. al 43. de ad. tut. l. cordonem. 42 de op. lib. l. non solum. 67. §. si pupilla de ritu nupt. Tiraq. de retrg §. 1. 6. gl. 1. num. 58.* Quod & hodie, quamvis specialiter dari exercitium publicorum judiciorum desitum est, obtinere merito quis dixerit : quia tanti momenti res, quæ & speciem summi Imperii repræsentat, & in qua plurimorum salus vertitur, non debet leviter ab eo transferri, cui propter industriam, virtutisque & justitiæ opinionem, est commissa, quanquam communiter receptum sit hodie, etiam hanc partem gubernationis delegari posse : scilicet quod non ex speciali privilegio amplius, sed una cum jurisdictione detur, *Glos. & Dd. prasertim Socin. c. quod sedem, 10. de off. ordi. Socin. in tract. cita art. 4. num. 7 Dd. Inc. Dec. & Cag. in l. nemo. 71. de reg. juris.* & transeat.

4. *Quæ transeant.*

Eodem modo cætera, quæ meri quidem Imperii non sunt, nominatim tamen magistratui injunguntur, mandari nequeunt, *l. cum hi 8. § si prator. 10. de transact. l. 1. §. abolitio 4 ad S. C. Turpill.* Unde quamvis mandata jurisdictione, non tamen potest legatus consilium exercere, *l. 2. h. t.* hoc est, conventum judicum habere : sive quia id fieri non solet, nisi in causis specialiter religioni ordinarii magistratus commissis, *l. 1. de reb. eor. l. 1. C. de prad. min.* sive quod speciem præ se ferat summi Imperii, *l. nunc in auth. offic. consulis. h. 1. summum magistratus est prabere consilium. de off. cons.* quod penes solum Proconsulem residere debet. Excipiuntur ab hac regula, quæ lex, vel constitutio excipit. Exempli causa : quamvis datio tutoris mandari nequit, *l. nec mandantis 8. de tut. & curat. dat. ab his.* quia eam nemo habet nisi ex speciali concessione. *l. 6. § pen. de tut.* tamen Legatus ex oratione Divi Marci tutorem dare potest *l. 1. de tut. & curat. s. pen. supr. de off. procons.* item ex constitutione Severi & Antonini de suspecto tutore cognoscere : *l. 4. in prin. h. t.* idque propter utilitatem introductum est, ne dum Proconsuli non vacat cognoscere, res pupilli deserta, pessum eat. Consimilis utilitas, vel necessitas potius, exercendæ jurisdictionis suasit, ut quæ jurisdictioni cohærent imperia, & sine quibus exerceri ea nequit, mandata jurisdictione una transferantur, *l. 1 § fin. hoc tit.* ut est modica coërctio, sine qua jurisdictio nulla est, *l. fin. h. t.* Potest & ex alia justa causa harum rerum delegatio fieri : ut cum Procos. proficisci habet necesse, aut alio justo impedimento necessitateve aliqua impeditur, quo minus his rebus operam dare possit *l. 1. §. 1. ubi Dd. hoc titul. vide omnino l. 2. & qua ibi dixi. Cod. de ped. judicib.* Necessitas enim non habet legem, ut vulgo loquuntur. *l. 5 § si quis rivos. de novi oper. nunc.*

5. *Quare, mandatam jurisdictionem habens, mandare eam nequeat.*

Cætera quæ jure magistratus competunt veniuntque more majorum ex natura ipsius officii, sine ulla speciali lege, aut principis delegatione, mandari possunt, *l. 1. in princ. hoc tit.* exemplo aliarum rerum quæ nobis jure nostro competunt : ut jurisdictio *l. 1. in fin.* quæ vi functionis ordinarii magistratus competit : item quæ mixti sunt Imperii (quicquid Dd. contra disputent) & jure magistratus ad prætorem præsidemve pertinent, *l. 4. §. fin.* Et hæc quidem aut mandari, aut non mandari possunt. Qui † vero mandatam jurisdictionem suscepit, cum proprii nihil habeat, sed ejus qui mandavit, jurisdictione utatur, *l. 1. §. fin.* etiamsi Prætor sit qui alienam jurisdictionem exequitur, *l. 3. h. t.* mandare eam alteri non potest, *l. fin. hoc tit.* eadem ratione qua specialiter a lege mandata transferri non posse diximus. Electa est enim personæ industria & fides.

OBSERVATA.

N. I. *Mandare aliis jurisdictionem solent*) Actum est supra de magistratibus, qui tum Romæ tum in provinciis jus dicunt. His commune est, quod possint Jurisdictionem suam alteri mandare & sibi vicarios eligere *l. 3. h. t.* vel etiam Jurisprudentes consiliorum participes sibi sociare, *l. 1. C. de Assess.* De illis agitur in hoc tit. de his tit. seq. Dividitur autem Jurisdictio inter alia in Propriam & Mandatam seu delegatam.

Jurisdictio propria.

Propria est quam quis suo jure habet, *l. 5. de jurisd.* h. e. jure magistratus *l. 1. h. t.* seu jure residente in sua ipsius persona, non aliena.

Mandata.

Mandata vero est exercitium Jurisdictionis alienæ, quam quis habet non ex sese & jure proprio, sed beneficio alieno, *d. l. 5.* h. e. beneficio ejus in quo jurisdictio formaliter residet. Hæcque divisio, ut constat, est vocabuli æquivoci in sua æquivocata ; nam in primo membro propriè sumitur Jurisdictionis vocabulum, pro potestate magistratus, in altero impropriè pro usura illius Jurisdictionis & exercitione. Et inde rectè dicitur *in l. 1. §. h. t.* quod is, qui mandatam habet Jurisdictionem, simpliciter nihil habeat proprium; quia nudum habet exercitium, nullam autem Jurisdictionem : & sic etiam nihil suo jure & jure magistratus; vice enim mandantis fungitur, cujus nomine, mandato & imperio jus dicit, & quasi instrumentum ejus quoddam est. Jung. *l. 16. de Jurisd.* Ideoque ab eo non ad mandantem (cujus Jurisdictione utitur) sed ad eum qui mandante est superior appellatur *l. 1.*

in f.

in f. quis & à quo app. Nec mandatam *l. f. h. t.* cum id ei saltem permissum sit, qui Jurisdictionem suo jure non alieno beneficio habet, *d. l. 5. de Jurisd.* Porro ut quis habeat mandatam Jurisdictionem, sufficit non cujuslibet mandatum, sed quod processit ab eo qui ipse suo jure Jurisdictionem habet, *d. l. 5.* Hinc illi, quibus à Principe mandata Jurisdictio, ut Præfecti Prætorio, Vicarii ejusdem, item legatus Proconsulis, propriè loquendo non mandatam sed propriam habent Jurisdictionem. Origo mandatæ Jurisdictionis cœpit propter multas magistratuum occupationes & causarum multitudinem, quibus ipsemet non potuerunt sufficere. Etenim magistratus initio in id erant creati, ut ipsimet jus privatis redderent. Postea observatum, & tandem sensim inductum, ut aliis sine magistratu Jurisdictio mandaretur vicariis.

Hujus causa.

Notanda.

Quod Præsidibus qui legato destituerentur) Plura in hoc N. I. notanda veniunt (1) sibi iterum non constat A. Præsidi legatum, quem *in pr. tit. prec.* posuerat, iterum adimens: (2) falsum est Præsidem non potuisse Jurisdictionem suam mandare, tum per not. *ad tit de offic. Præs. ad verba : nam ut alia*, tum per *l. 2. & §. 1. h. t.* Nec officit *l. 12. §. 1. de judic.* ubi saltem dicitur, quod magistratus nonnulli Lege vel SCto &c. possint dare judicem. E. tamen non denegatur Præsidi potestas mandandi. Ita nec refragatur *l. 2. 3. & 4. C. de pedan. judic.* quia ibi à tempore Diocleti. & Maximin. restringitur judicis datio in præsidibus saltim ad causas humiliores. (3) Accuratè hic observanda est distinctio inter judicem pedaneum (qui aliàs datus item delegatus vocatur in jure civ. quem magistratus dat cum formula, *arg. l. unic. C. qui pro sua Jurisd.*) & judicem à Principe datum seu legatum, qui similis ei est, cui magistratus mandavit Jurisdictionem (neque enim Princeps eum magistratum facit) indeque Jurisdictionis & imperii habet usuram & exercitionem, *d. l. un. l. 5. C. de judic.* Cont. Donell. 17, *Comm.* 8. Scip. Gent. *lib. 2. de Jurisd. c. 10.* Porrò interest inter dictum pedaneum & mandatarium seu delegatum (ut eum vocat jus Canon. *t. t. de offic. deleg.*) hic utitur Jurisdictione aliena, at judex pedaneus notione seu cognitione nudâ tantùm & propria : unde ab hoc appellatur ad eum qui dedit, ab illo verò non ad mandantem, sed ad superiorem, *d. l. 1. pr. §. 1. l. f. quis & à quo appell. d. l. unic. C. qui pro sua Jurisd.* Hic datur ad unam certam & peculiarem litem, ut constat ex formula præscripta (adeoque minus bene nonnulli Judicem pedaneum dicunt, alium esse universalem, alium particularem ; cum omnis sit particularis, nullus universalis) *vide Bachov.* illi mandatur vel tota Jurisdictio, vel pars ejus *l. 16. & 17. de Jurisd.* Suth. *de Jurisd. th. 357. & seqq.*

Regulæ II. de transitione ad mandatarum.

N. II. *Produca est regula*) Duæ hic regulæ notantiæ veniunt, ex quibus dignoscitur quid transeat ad mandatarium mandatâ Jurisdictione, quid non. Utraque est *in l. 1. pr. h. t.* dependens & ex natura subjectæ materiæ, & ex modo concedendi jureque singulari, & ex ejus qui confert hic aliquid, potestate & voluntate.

Quæ causæ civil.

Specialiter competierint.

Quæcunque) Scilicet causæ civiles, haud criminales. Nam causas publicas ad remp. spectantes, ipsi, penes quos erat majestas Romæ, sibi servabant, nec concessas alteri volebant. Et criminales quidem causæ cognoscendæ semper specialiter concedebantur, ut probabitur *infr.* In causis autem civilibus differentia erat ; nam quædam tribuebantur à majestate alicui *jure magistratus*, tacitè & generaliter, quædam verò specialiter & nominatim. De illis videbimus in altera regula *ad n. 5. h. t.* Has quæ specialiter conceduntur, rectissimè dividit Suth. *de Jurisd. th. 156. & seqq.* in *Puras* seu *absolutè & simpliciter tales* (h. e. quæ nunquam & nulli magistratui jure magistratus competunt, sed semper ex speciali concessione) & *Mixtas* seu secundum quid tales, quæ urbanis & majoribus magistratibus competunt jure magistratibus, specialiter autem inferioribus, item provincialibus & municipalibus. Puræ sunt tres (1) tutoris datio (2) autoritas interponendi decretum in prædiis minorum alienandis, *l. 1. l. magis puto 5. §. 9. l. 11. de reb. eor.* (3) Potestas arbitrandi an & quando transactio super alimentis testamento relictis sit admittenda *l. 8. pr. & §. 1. junct. §. 18. de transact.* Nos (4) his addimus consilii exercitionem, *l. 2. h. t. vid. infr. n. 4. n. non tamen.* Mixtæ duæ sunt, (1) Potestas dandi judicem pedaneum, *l. 12. §. 1. de judic.* (2) Legis actiones, in specie sic dictæ, h. e. actus voluntariæ Jurisdictionis, ut sunt manumissio, emancipatio, adoptio *l. 2. de offic. Proc. l. 4. de adopt.* Alii dicunt hæc jurisdictionis esse adventitiæ, extraordinariæ. Add. Georg. Andr. Maier *de jurisd. pos. 2. lit. E.* Arnold. Vinn. *de jurisd. c. 8. n. 10.*

Quid sit specialiter esse tributum.

Specialiter) Specialiter tribui hîc opponitur ei quod tribuitur jure magistratus, tacitè & generaliter, *arg. l. 1. h. t.* Dicitur itaque specialiter tribui, quod datur nominatim & expressè, seu ut Vacon. à Vacun. *lib. 7. declar. c. 79. n. 7.* interpretatur, quod per se & in individuo alicui permittitur. Diss. Accurs. *in l. 1. h.* quem refutat Sutholt *th. 136.* Aliter dissentiunt nonnulli, qui putant dici lege quid tribui specialiter *duobus* modis, (1) specialiter & nominatim, ut merum imperium & tutoris dationem. (2) generaliter, quomodo dicunt Jurisdictionem omnem à lege deferri, non nominatim, sed jure magistratus, *l. 12. §. 1. de judic.* Verum responsio facilis est. Etenim (1) contradictionem sapit dicere, id quod lege tribuitur generaliter, tribui specialiter : (2) *in l. 2. §. 1. de judic.* lex intelligitur non generalis sed specialis, quia scilicet hoc modo concessa opponuntur illis, quæ veniunt more majorum, *arg. l. 5. de jurisd.* (3) quod dicitur eum quoque posse dare judicem cui mandata est Jurisdictio, hoc non continet regulam, sed propositionem particularem, & non verum est de eo qui mandatam habet Jurisdictionem in genere, sed in hypothesi & saltim de legato Proconsulis, quem propriam habere Jurisdictionem supra diximus, & opus saltem habere mandato Proconsulis quoad actum secundum, seu ad exercendam Jurisdictionem, *ad verba: Propriam quandam de offic. Proconf.* (4) Quod *in eod. §. 1.* Præfecto urbi & aliis magistratibus Romanis majoribus dicitur potestas dandi judicem tributa, *more concessa*, id non significat *specialiter* esse concessam, sed tacitè & generaliter : & quia opponitur illic ei qui specialiter datur ; & quia tacitum pignus simili modo dicitur generale atque & opponitur speciali, *t. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac.*

Ad quod & speciale jus latum requiritur.

Lege vel Senatusconsulto) Insuper requiritur ut specialiter aliqua lege, SCto. vel constitutione sit tributum. Hisce autem modis concedit ille, penes quem Majestas in rep. est, unde his verbis excluduntur hîc edicta magistratuum, & si v. c. Prætor quid nominatim ex sua Jurisdictione detulit edicto, ut est exemplum *in tit. de damn. infect.* Vid. Scip. Gent. *lib. 2. de Jurisd. c. 14.*

Ratio regulæ primæ.

Si enim fines privatorum) Est hæc ratio regulæ. Adde, quia ejus cui specialiter quid tributum est, persona

&

& industria, fidesque electa censetur, *l.un. §. ne autem C. de caduc. toll.* quod equidem ex principiis humanarum actionum dependere manifestum est. Eoque ab ipsa persona expediri debet, nisi per justam & necessariam absentiam impediatur. *l. 1. vers. non aliter h. t. jung. arg. l. 14. de legib.*

Mer. imp. non potuit mandari jur. ev.

N. III. *Unde merum imperium*) Exemplum regulæ primum est in causis criminalibus seu mero imperio. Quid sit merum imperium dicemus *h. t. n. 6.* Hîc quod mandata Jurisdictione non transeat ad mandatarium, A. ostendit *tribus* argumentis (1) quod olim SCto, lege, aut jussu populi mandaretur, (2) quia genere diversum sit à Jurisdictione, (3) quoniam extra casum necessitatis nequeat delegari, ut exinde exceptio confirmet regulam in casibus non exceptis. Has rationes examinat *hic* Bachov. Equidem jus vitæ & necis, & generatim jus irrogandi pœnas, & coercendi delicta publica, initio Reges Romani ipsimet exercebant. Ejectis Regibus id habebant duo Consules. Paulo post verò per L. Publicolam (quæ etiam dicitur Valeria, quam Brutô mortuô A.U.C. 243. in favorem populi P. Valerius Publicola: differt tamen ab illa L. Valeria, quem A.U.C. 304. tulêre L. Valerius & M. Horatius Coss. quæque aliàs Horatia ab altero collega vocatur, §. 4. *I. de j. n. g. & c.* quâ plebiscita vim legis accepere) quæ hæc fuit: *in caput civis Romani injussu populi animadvertendi nemini jus esto*: nanciscebatur hoc jus *populus*. Qui quoties opus, ad singula facta dabat Quæstores parricidii, vel Dictatorem, Prætorem, aliumve magistratum, vel etiam hominem privatum (qui exinde non fiebat magistratus.) Anno 6n4. in medio seculi II. ante C. N. Quæstiones commissæ sunt Prætori à Calpurnio Pisone, & deinceps seculo I. sub initium à Cornelio Sylla Dictatore, *l. 2. §. 22. de O. I. arg. l. 1. pr. de offic. Præf. urb.* Verùm hic Q. *Anne ergo quæstiones seu merum imperium deinceps cœperit competere jure magistratus?*

An post Syll. cœp. j. mag.

Ita sentiunt Donell. Cujac. & alii. At contrarium longè verius est, (1) quia cum hæc sit natura meri imperii quod specialiter competat, non opus est in quolibet successore hoc repetere, sed tacitè repetitum præsumitur: (2) quod post Syllam merum illud imperium sæpius specialiter fuerit concessum, teste Sigon. *lib. 2. de judic. c. 4.* (3) quod & tempore JCtorum duraverit illa regula *l. 1. h.* & merum imperium specialiter competierit. Vid. Scip. Gent. *de Jurisd. lib. 2. c. 20. & 26.*

Excipit casus necessitatis.

N. IV. *Extra casum necessitatis*) Ut est causa justæ absentiæ *l. 1. h. t.* vel jure novissimo casus infirmitatis & morbi, P. H. O. *art. 2. ibi*: auß Schwachheit deß Leibes. non tamen aliæ; quamvis de jure civili infirmitatis casus non excusare videatur, propter *l. 2. §. quem ita senio de vocat. & excusat. mun.* Idque obtinet non solùm in crimine violentiæ, sed generatim in omnibus publicis judiciis. Verùm illud quæri solet: *An his casibus cognitio saltem mandetur, an verò & executio, & sic totum imperium?* Prius vult Hillig. *ad Don. c. 8. lib. Dd.* Sed posterius rationi juris magis convenit, quia exceptio debet esse de regula.

Nec hodie mandari potest merum imperium.

Ratio I.

Quanquam communiter receptum) Putat hodie ex consuetudine generali merum imperium mandari posse. Verùm rectiùs contrarium statuit Bachov. ad Treut. *disp. 3. vol. 1. th. 6. lit. E. & seq.* & ad Wesenb. *h. t.* etiam hodie veram illam esse propositionem, *quod imperium merum mandari nequeat.* Etenim (1) illa mandantur quæ jure magistratus competunt *l. 1. h. t.* At hodie imperium merum jure magistratus non competit. E. Minor exinde facilè probatur, quia nec Principibus jure magistratus competit, nec inferioribus magistratibus scilicet oppidanis, nobilibus vel aliis. Non illis, tum quod aliàs Principes imperii essent Magistratus, (quod absurdum dicere nostris temporibus) tum quod jure superioritatis territorialis, auß Krafft der hohen Landesfürstlichen Obrigkeit/ quoad subjectos sibi jure proprio & perpetuo jus meri habeant imperii. Videsis D. Cancell. Engelbrecht. JCtum, Oratorem, Philosophum maximum, æternâ & post mortem laude dignissimum, *tr. de jurisd. th. 59. & pass.* tum denique quod respectu Cæsaris, illud ex speciali lege & tenore investituræ concessum habeant. Non etiam his; quia aliàs omnibus magistratibus inferioribus competeret gladii potestas; quæ enim quis habet jure magistratus, ea communia sunt omni magistratui, ut infra dicemus; quod tamen non fit, quia multi sunt, qui saltem Jurisdictionem habent & mixtum imperium, nurten die Untergerichte/ illi scilicet qui sunt sub præfectura Principis: alii paucissimos actus meri imperii habent ex speciali privilegio, gewisse und geringe Fälle vom Obergericht/ als die Captur/ (doch daß sie innerhalb gewisser Zeit dem Fürstl. Amptman/ Voigte oder Schultzen die Lieferung thun müssen) quamvis sic potius præstetur ministerium superiori, sec. Bachov. *d. Disp. 3. ad Treutl. th. lit. D.* und daß sie das hochnothpeinliche Halßgericht zugleich mit hegen/ uti in oppidis Helmstadio vicinis & plerisque aliis civitatibus minoribus obtinet. Equidem hodie videntur inferiores magistratus jus gladii jure magistratus habere, quod ipsâ factâ electione hanc potestatem nanciscantur, quâ transit de uno ad alium & successores. Verum non inspicienda hîc electio magistratus, sed constitutio prædicti juris, quæ ab initio est specialis.

Ratio 2.

(2) Per novissimam constitutionem criminalem Caroli V. *art. 2.* nec hodie delegari seu mandari potest merum imperium, excepto casu infirmitatis & morbi. E. in cæteris obtinet regula, scilicet quod mandari nequeat, quia exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.

3.

Accedit (3) quod *l. 1. §. 1. h. t. l. 6. de offic. Proconsul. l. nemo de R. I.* quibus hoc traditur, nuspiam deinceps correctæ inveniantur. Dissentit cum Dd. comm. Wesenb. quorum argumentis respondet Bachov *ad Treutl. d. l.* Jung. Obrecht *de Jurisd. c. 5.* Sutholt *de Jurisd. th. 406. seqq.* Certè consuetudo illa, in qua se fundare videtur. Wesenb. probatu difficillima est, & requisitis suis (de quibus supra) si examinetur, destituitur. E. potius jus scriptum & certum in *l. 1 §. 1. h. t.* (quod nuspiam correctum) retinendum erit. Add. Dn. Strauch *ad jus Justin. diss. 20. aphor. 7.*

Eodem modo) Sequitur exemplum regulæ secundum, scilicet illarum causarum civilium quæ non jure magistratus (ut regulariter) sed ex lege, SCto vel constitutione specialiter tribuuntur, propterea que mandata Jurisdictione non transferuntur, sunt autem hæ illæ, quas supra *ad num. 2. verb. quæcunque h. t.* narravimus,

Cognitio de abolitione criminis cur mandari non potuerit.

L. 1. § abolitio ad Senat. Turp.) Cognitio de abolitione criminis à Præside mandari nequit, *d. l. 1. § . 8.* Sed male videtur Wesenb. eam referre ad illas causas quæ non sunt meri imperii. Ideoque rectius dicitur, illam quidem non posse mandari, sed non exinde quod ea causa sit civilis specialiter olim præsidi concessa, sed quia ejusmodi causa ad *criminales* causas merumque imperium pertineat. Eadem ratio obtinet in cognitione, si dominus à familiâ occisus esse dicatur, quæ quidem Prætori ex SCto Syllaniano specialiter concessa est *l. 1. de Sen. Syllan. junct. l. 1. h. t.* verum exinde, quia ad merum spectat imperium.

Cur non consilii exercitium.

Non tamen potest legatus consilium exercere) Minor 20. annis manumittere non potest, nisi apud consilium ex justa causa. Erat autem consilium hoc collegium eorum magistratuum ordinariorum, qui hujus rei cognoscendæ causa erant constituti, qui in urbe Roma constabant 5. Senatoribus & viris 5. equestris ordinis,

nis, in Provinciis 20. Recuperatoribus, civibus Romanis. Ulp. *in fragm. lib.* 1. §. 8. Hæc consilii exercitio videtur specialiter illis magistratibus concessa ex L. Ælia Sentia, §. 4. *qui & ex quib. caus. junct. l.* 2. *h. t.* Jung. Bach. *in not. b.*

Quæ competunt, specialiter non mandantur: contra Wesenb.

Excipiuntur ab hac regula qua lex &c.) Sensus Wesenbecii, alioquin obscurus, hic est, quasdam tamen causas esse, quæ quidem competunt specialiter attamen mandatâ Jurisdictione transferuntur. Verùm hac ratione (1) rectè dicit Bachov. *h.* ineptum esse quod eò referat tutoris dationem, quam fatetur specialiter concedi, adeoque nec mandari. Nam si hoc verum, uti est, tum tutoris datio non est exemplum exceptionis sed regulæ: (2) multò minùs huc spectat cognitio de suspecto tutore, quia competit jure magistratus, *l.* 4. *h.* adeoque non est exceptio, cum non sit de regula: (3) itidem mixtum quidem imperium mandatâ Jurisdictione transit, at exinde, quia competit jure magistratus: nec est ejusmodi quod specialiter olim concedebatur: (4) in his quæ ob necessitatem delegantur, ut in mero imperio, *l.* 1. §. 1. *h. t.* demum exceptio locum habere potest. Add. Scip. Gent. 2. *de Jurisd.* 14.

Nec potestas dandi tutorem.

Tamen legatus) Indistinctè potestas dandi tutorem specialiter conceditur, nulli competit jure magistratus, (1) per text. generalem in *l.* 6. §. 2. *de tut.* (2) ita Præses eam habet ex L. Jul. & Titia, Prætor & Tribuni plebis ex L. Attilia, *pr. I. de Attil. tut.* magistratus municipales & defensores civitatum ex constitutione Justiniani §. 5. Consules ex constitutione Claudii, §. 3. *eod.* decuriones item, *arg. l.* 19. *de tutor. dat.* Proconsul & legatus ejus ex constitutione D. Marci, *l.* 1. §. 1. *eod. tit.* Non officit itaque *l. pen. de offic. procons.* ubi indistinctè dicitur legatum proconsulis posse dare tutorem. Quia hoc non intelligendum, quasi ex mandata Jurisdictione possit id facere, adeoque potestas illa mandari queat; sed illa *l. pen.* explicanda est ex *d. l.* 1. §. 1. quod scilicet dare tutorem possit, non vi Jurisdictionis & jure magistratus, sed ex speciali datâ concessione, *d. l.* 6. §. 2. *de tut.* Ex præsuppositis enim sequitur, quod mandari nequeat, *l.* 8. *de tut. & curat. dat.* Cæterùm hodie unicuique magistratui potestas dandi tutorem competit vi Jurisdictionis seu jure magistratus, ut dicemus infra.

Secus ac hodie.

Secus in cognitione de suspecto tutore.

Item de suspecto tutore) Verùm & hîc rectior sententia est, quod cognitio de suspecto tutore non competat ex constitutione Severi & Antonini specialiter, sed jure magistratus. Probatur hoc (1) quia nusquam dicitur speciali aliquâ lege tributa sed data in provinciis Præsidi, *l.* 1. §. 11 *ad Senat. Turp.* nam ad id, ut specialiter aliquid competat nec possit mandari, non sufficit datum nominatim & specialiter, sed insuper requiritur, datum sit aliqua lege speciali, *arg. l.* 1. *pr. h. t.* (2) quia dicitur posse mandari, *l.* 1. §. 3. *&* 4. *de susp. tut.* qualia venire solent jure magistratus, *arg. d. l.* 1. *pr. h. t.* Non obstat *l.* 4. *h. t.* unde concludit Wesenb. & Duar. *in tit. de Jurisd. c.* 7. *in f.* licet sit specialis concessionis hæc suspecti cognitio, tamen eam mandari posse ex speciali ratione scilicet propter utilitatem pupillarem. Respondetur (1) veram rationem esse, quod per se mandari possit, *d. l.* 4. *mandari potest. h. t.* (2) hæc ratio repetitur *in f. d. l. ibi* *cum propriam &c.* si enim legatus propterea cognoscit de suspecto, quod proconsul ei propriam (scilicet actu secundo, & postquam mandavit) dederit Jurisdictionem, tum certè omnino sequitur causam hujus esse Jurisdictionem: licet ibi dicatur id fieri ob utilitatem pupillorum, tamen hæc concausa est, & non proxima, quia aliàs etiam in rescripto Severi & Antonini ejus mentio facienda fuisset. Hocque rescriptum hîc non est constitutio quædam, ceu putat A. qua legato specialiter hæc potestas data; quia in ipso rescripto fundant se Impp. (non in datione speciali) in Jurisdictione legato concessa, cui tanquam consequens sit cognitio de suspecto tutore, *arg. l.* 2. *de Jurisd.* & de facto consulti Impp. à Bradia Proconsule Africæ eidem ita rescripserunt. Denique nec refragatur *l.* 1. §. 11. *ad Senat. Turp.* (1) quia Præses ibi latè sumitur pro quocunque, qui provinciis præest, atque ita & Proconsulem & legatum ejus complectitur *arg. l.* 1. *de offic. Præs.* (2) quod soli Præsidi dicitur concessa suspecti cognitio, exinde illa non desinit esse Jurisdictionis, sed excluduntur saltem per id magistratus municipales, in quibus cum tutorem dare possent, suberat ratio dubitandi, num etiam possent datum removere. Vid. Govean. *in l.* 1. *h. t.*

Contra Wesenb.

Respondetur ad ejus rat.

Cetera) Hactenus ex mente Wesenb. de regula prima ejusque exceptionibus actum est, sequitur altera ex eadem *l.* 1. *pr. h. t.* Quæcunque *jure magistratus competunt, mandata Jurisdictione transferuntur.* Jure autem magistratus competere (cui opponitur specialiter tribuere) dicuntur ea, quæ alicui à Majestate mediante magistratu (h. e. dum magistratus dignitas datur) citra specialem concessionem tribuuntur, & de iis cognoscendi potestas. Hac ratione merum imperium, quia non nisi specialiter dabatur, non competiisse jure magistratus, olim nec deinceps, diximus *supr. h. t. verb. unde merum & verb. quanquam* Licet vero posterius suo sensu concedi posse asserat Bachov. *h. in not.* rectior tamen sententia est, nec eo tempore ita competiisse.

Quæ competunt jure magistr. possunt mandari.

Ut Jurisdictio) Rectè ad *duo* capita revocat Wesenb. ea quæ competunt jure magistratus, & possunt mandari, scilicet ad Jurisdictionem, & ad mixtum imperium. Quænam vero sint exempla Jurisdictionis, quæ imperii mixti, an hoc possit mandari, quæ item regulæ sint exceptiones, id omne commodius explicatâ prius naturâ & constitutione Jurisdictionis atque mixti imperii in genere, notabimus *ad n.* 7. *&* 11. *de Jur.*

Quorum duo capita.

TITULUS XXII. C. I. 51.

De officio Assessorum.

Fuit & illud in more positum Romanis, ut Præsides, aliique magistratus provinciales, qui, velut est apud Lampridium, sibi Jurisperitos adsciscerent, quorum consiliis & operis in exercenda Jurisdictione commodum uterentur: qui causas cognoscerent, & postulationes litigantium audirent, decreta & interlocutiones inter litigantes facerent, epistolas Principum exciperent de jure scriptas: quorum vicem apud Sax. qui Scabini vocantur, propemodum videntur obtinere, *Land. lib.* 3. *art.* 26. *Reinh. diff.* 52. Paulus, *l.* 1. *h. tit.* Omne, inquit, officium Assessorum (sic enim vocantur, propterea quod judicibus assideant) quorum juris studiosi partibus funguntur, in his ferme causis constat, in Cognitionibus, Postulationibus, Libellis, Edictis, Decretis, Epistolis. Hæc enim cognitionem prudentiamque consiliariorum consultorumque maxime flagitant. Hi suo nomine nihil agunt, adeo ut ne libellos quidem subscribere possint: *l.* 2. *C. eod.* tantum consilium suggerunt judicanti, unde consiliarii appellantur, *l.* 5. *hoc tit. l.* 3. *C. eod.* quod quidem consilium, si pravum iniquumque fuerit, consultori erit pessimum: non enim modo doli, sed imperitiæ quoque nomine, propter temerè arrogatam sibi juris possessionem, assessores tenentur *l. . infr quod quis jur.* Solent etiam his Præsides alio proficiscentes, causas interdum delegare: *Ale. Par. lib.* 2. *cap.* 41 quod cum fit, non Assessorum, sed Pedaneorum judicum vice, mandata Jurisdictione funguntur. His in authoramentum laboris & industriæ, & quo facilius alienis manus abstinerent, de publico salarium Alexander constituit: *l.* 4 *l fin. hoc tit. Lamprid. in ejus vita.* etsi dicere solet eos promovendos, qui per se Rempub. gerere possint, non per assessores, *Lamp. ibid.* quod tamen nec ipse fecit, nec alii præstantissimi Duces & Imperatores. Nam quo magis abundarunt sapientia, eo minus sibi tribuentes, pluribus consiliariis usi sunt. *Lamprid. in vita Alexand. Spart. in Adriano.*

OBSERVATA.

Assessores.

Jurisperitos adsciscerent) Magistratus enim non solùm possunt vicarios sibi eligere, quibus Jurisdictionem suam mandent, quibus de *praeced. tit.* actum: sed etiam consiliorum participes sibi sociare *l. 1. C. h. t. i. e. Jurisprudentes*, quorum consiliis adjuti, ad rectè judicandum instituantur. Hi itaque magistratus seu judices non sunt, sed ab officio *Consiliarii judicum* appellantur, *l. 3. C. d. t. Assessores* ab assidendo, quia judicibus assident seu assistunt, consilium eis dantes *circa ea in quibus de jure quaeritur. Comites l. 4. h.* quasi comites sedendi & participes consiliorum: *Juris studiosi l. 1. h. l. 8. de extr. cogn.* Gell. 12. c. 13.

Necessitas.

Necessarii hi sunt, quod saepè qui judiciis auctoritatis causâ praepositi, legum & juris nihil vel non admodum sunt periti: assessoribus itaque additis potentia & sapientia mutuâ operâ juvantur.

Officium.

Cognitionibus) i. e. Jurisdictionibus extra ordinem exercendis ab ipso magistratu. Azo hoc intelligit de causis civilibus & criminalibus.

Ut Praeses assessori deleget causas.

Libellis) i. e. Supplicationibus scripto oblatis, *l. 32. §. 14. de arb.*

Non enim modo doli) Quonam assessor, *si jus iniquum suggerit, non modo ex dolo suo, sed & ex imperitia teneatur?* Quod rectè quidem hic affirmat Autor. Sed pertinet *ad n. 2. verb. nisi sine ipsius, quod quisque juris in alium stat.* ubi dicemus.

Pedaneorum judicum vice) Verum quidem est Praesides judicibus pedaneis causarum, praecipuè vilium, disceptationem delegare potuisse, *l. 2. & seqq. C. de judic. pedan.* at verò hi tantummodo notionem causarum habuerunt, *arg. l. 5. de re judic.* neutiquam verò mandatam Jurisdictionem. E. ubi mandata jurisdictio assessoribus, hi pedanei judices non erunt. Et potest hodie magistratus Assessori suo committere causarum cognitionem, reservatâ sibi sententiae publicatione & cognitione ultimâ, *auth. ad hac C. de jud. N 60. c. 2. ubi* Cujac. Vid. not. *ad tit. praeced. n. 1. verb. quod Praesidibus*, & Bachov. *in not.*

De publico salarium) i. e. ex fisco seu ex publica ejus provinciae pecunia: Quo salario contenti esse jubentur. Vid. eleg. *Nov. 17. c. 5. §. 1.* & de utilitate hujus tit. Paul. Christianae. 2. *dec. Belgic.* 85. Joh. Nolden. *in suo Tribunitos. de off. jur. dign. & priv. consiliar.* Dn. Frantzk. 1. *var. res.* 3.

DIGESTORUM LIB. II.

TITULUS I. *C.* 3. 13.

De Iurisdictione.

ABsolutis Jurisprudentiae principiis, & officiis omnium magistratuum utcunque delineatis: jam ad explicationem Judiciorum, in quibus jus omne verti diximus, veniendum est. In judiciis autem omnibus primo quaeritur de Jurisdictione, seu de competente judice: *tot. tit. C. de jurisd. & for. comp.* ne scilicet si in competens adeatur, ad nihilum tota recidat actio *tot. tit. C. si à non comp. jud. unde Dd. in l. fi. Cod. de except. & in l. quidam. 57. de re judicato.*

1. Continuatio.

Jurisdictionis vocabulum, quin a Jure dicendo sumptum sit, dubium non habet. Ut autem jus dicere non quilibet judices, sed majores tantum magistratus, qui pro tribunali, statis temporibus more majorum cognoscunt, signate perhibentur: *l. penult. sup. de just. & jure. l. 4. de inter. act. l. unic. C. ne quis in sua cau.* ita Jurisdictio id propriae muneris significat, quod magistratus ejusmodi jure suae potestatis ordinario gerit & exercet: *Jas. in hac rubr. & in l. qui jurisdictioni num. 10. hoc titul. l. 1. & toto titu. de l. 4. §. fin. l. solent de off. procons. toto titulo de officio judicis. Alexand.* ἐν πλάτει tamen etiam pro omnimoda jurisdictione, puta pro Mero & Mixto Imperio capitur *l. 1. verb. jurisdictionem mandant. de off. ejus cui mand. est jur. gloss. verb. jurisd. in §. oportet. de defensor. civit. in Auth.* item pro Jurisdictione Delegata *l. si idem. 1. h. t.*

2. Quid significet jurisdictio.

Jurisdictionem sic definit, *Bar. l. 1. num. 3. h. t. post. gl.* ut sit potestas de jure publico introducta cum necessitate juris dicendi, & aequitatis statuendae. *vide de hac. Class. Olden. & late Govea. de jurisd.* Bald. *in c. ad hoc num. 4. de allod. l. notionem. 99. de verb. signif. l. 5. l. 57. de jud.* ita. Jurisdictio prout est in sua substantia, quae habitus vocatur, est potestas plectendi, decernendi, & jus dicendi, jure publico propter bonum publicum, introducta principaliter: secundario vero ob bonum privatum: prout autem inest magistratui, est regentis magistratus officium, quod in actu habituque consistit. Mihi non libet in has descriptiones inquirere, quae foro quidem nostro, rebusque praesentibus magis quam sententiae Jurisconsul. & hujus tituli argumento videntur accommodatae. Itaque sic malo: Jurisdictio est publica cognoscendi de causis potestas, seu notio & definitio causarum, quam magistratus ex ordinario officii sui jure atque munere habet, exercet & mandat. Porro *Ulp. in l. 3. h. t.* cum ait, Jurisdictionem etiam esse judicis dandi licentiam, non definire jurisdictionem voluisse, sed potestatem dandi judicis, quae est Mixti caeteroquin imperii, jurisdictioni inclusisse videtur, *ut in l. cum praetor. 1. 2. de judic. vers. propter vim imperii.* Ac haec quidem temporibus jurisconsult. conveniunt, qui propterea sic jurisdictionem ad jus dicentem magistratum retulerunt. Sed hodie discrimine illo magistratuum sublato, latiore significatu, ut ante dictum est, hoc nomen usurpatur.

3. Quid sit.

Propria jurisdictionis sunt, esse Jus incorporale, *Bald. consil. 16. pro: onebatur. vol. 3. & in c. ad hoc num. 4. de allod.* Individuum, *gl. in c. prudentiam. ad verb. tenetur. ubi Panorm. num. 12. Imol. numer. 7. & 12. de off. jud. delegat. Bart. in. l. fin. numer. 3. de rer. div. & in l. si unc. num. 8. de re jud. Bald. in c. 1. §. praeterea. num. 3. de prob. feud. alien. per Feder.* Transmissibile, *c. per venerabilem de elect. Bald. l. C. de emanc. lib. l. mand. C. mand. l. 1. C. de oper. lib. Bart. l. non ambigitur de legib. Boer. dec. 204. in fin.* Perpetuum, *Bald. in l. 1. C. de emanc. lib. verb. Bart. in l. non ambigitur. de legib.* Juris publici, *Bald. in d. c. §. ad hoc num. 1. de allo. per l. §. hujus studii. verb. publicum quod ad magistratus. de just. & jur. l. sed quod. 7. h. t.* quod inter res soli quadam interpretatione reputetur *c. licet. 9. de prob. ubi gl. ad verb. uti possid.*

4. Propria.

Species omnimodae jurisdictionis hodie traduntur tres: Imperium Merum, Imperium Mixtum, & Jurisdictio Simplex. *vide Dd. in l. 3. hoc t.* Sed olim merum imperium, quod & nomen indicat, res erat secreta a jurisdictione *Cic. in epist. ad Quint. frat.* quia non jure magistratus, sed ex speciali populi concessu, & quodam quasi privilegio dabatur: quare nec mandata jurisdictione transibat *l. 1. & tot. tit. de offic. ejus cui mandat. l. 4. & 6. de offic. proconsulis*

5. Species.

Merum imperium est, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos: quod etiam Potestas appellatur. *l. 3. h. t. l. potestatis. 215. de verb. signif. l. nemo 70. de regul. jur.* Hujus imperii sex gradus Dd. *Bart. num. 6. Jason num. 24. in d. l. 3.* faciunt, quos studiosis considerandos relinquo.

6. Quid sit merum imperium & quot ejus gradus.

7. *Quid mixtum.*

Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest: *l. 3. h. t.* hoc est, quantum arbitror, quod permixtum est jurisdictioni, & competit magistratui ordinario, seu curuli qui jurisdictionem habet, *l. 4. h. t.* & pro tribunali cognoscit: unde & mandata jurisdictione transfertur *l. ult. de off ejus cui mand. est jurisd.* Dicitur autem Imperium potius quam Jurisdictio: quod a non in jure dicendo, sed in exequendo, imperando, jubendo versatur. *l. 1. & 4. h. tit.* Cum autem magistratus non jubeat, neque exequatur citra causæ cognitionem: *l. nec quicquam 9. § ubi decretum, de off procons. ubi Bar. & Ias. l. nec ei 17. de adop. l. verum 11. §. sciendum. de minor l. à divo Pio 15. § si super. de re jud.* ideo & jurisdictionem illi imperio inesse recte dicitur, *l. 3. h. t.* ut qui habeat mixtum Imperium, intelligi debeat & jurisdictionem habere, & judicis dandi licentiam: *l. 3. h. t.* contra, penes quem est ordinaria superior, de qua dictum est, jurisdictio, is etiam Imperium mixtum habere videatur, *l. 4. h. t.* quia sine coercitione, & imperio ac potestate jubendi, mittendi in possessionem, dandi judicis, coercendi, &c. explicari jurisdictio nequit *l. 2. h. t. junct. l. ult. de off ejus cui mand. est jurisd.* Bart. *in d. l. 3. num. 15.* ad usum sui temporis omnia accommodans, quando veteres illæ magistratuum distinctiones atque ordines una cum rep. Ro. interierunt. Mixtum imperium ita definit: ut sit jurisdictio, quæ officio judicis nobili expediatur, privatam utilitatem respiciens.

8. *De jurisdictione, & aliis ejus speciebus.*

Et ab hoc jurisdictionem ita distinguit, ut jurisdictio sit, quæ officio judicis mercenario, non nobili, velut Imperium mixtum expediatur, privatam utilitatem respiciens. *Bart. in d. l. 3. num. 23.* Sunt & aliæ jurisdictionis divisiones passim traditæ: alia enim dicitur esse Voluntaria, alia Contentiosa, *l. 1. ubi gl. ad verb. consilium de off consul. l. 2 ubi gl de off prætor. Spec tit. de for § sequitur num. 7. Marant. part. jud. 4 distinct. 17. num. 62.* quibus Baldus *in l. 1 C de emanc. liber.* tertiam speciem, nempe Statutariam adjicit: alia Ordinaria, alia Delegata, *Spec de jurisd. jud exa. de off ordina. item de off. jud. del.* quæ etiam Datæ, *l. 2 hoc tit.* seu mandata, *l. 6. hoc titul.* appellatur: alia consensu partium prorogata, *l. 1. C de jurisd. l. 2. & 3. de jud. l. si quis ex consensu 8. Cod. de episc aud. l. inter. 28 ad municipa. c. 1 ubi gloss de off delega. vide Dd. in l si convenerit. h. t.*

9. *Causa efficiens: qui jurisdictionem dare possint.*

Quod ad caussam efficientem attinet, Bart. *post gloss. in l & quia hoc tit. idem Innoc. in c. Ecclesiarum de off. ordin. & not. in c. 2. Neprala. vices suas. Spec. de jurisdict. & c.* ait, omnem jurisdictionem dari vel per legem, vel per populum, vel per consuetudinem. Legis & populi jus, Princeps hodie ad se transtulit, *l. 1 de const. Prin. l. 1. cum seq. C. de legib.* penes quem dicitur esse omnis jurisdictio: & ab eo velut perenni fonte, in reliquos magistratus inferiores dimanare, *l. 1. & tot. tit. ad l. Iul. de amb. § interim in auth. de defens. civitat. Bald. consil 161 proponebatur. vol. 5.* Consuetudine quoque jurisdictio quæritur, *l. more. 3. ubi gl. & Dd hoc tit. l. viros. 8. C. de diver. off. lib. 12. l. fin ubi glo. de aq pluv. arcen. gl in l. 1. ad verb. ex lege quod cujusq. univers. per l. 2 ubi Bal. & l fin. C. de emancip. Innoc. in c. Ecclesiarum de off ord. c. 2 Neprala vices suas. vide Spec. de jurisdict. omn judic.* & præscriptione: *d. l. viros 8. C de diver. off. lib. 12. Ias. latissime post alios, in l 3. num. 20 21. h. t.* quæ quidem una cum territorio præscribitur annis 10. vel 20. ut res immobilis: *Bald. l. fin. C. de præscrip. long temp. Boer. decis. 257. num 9. per c. ex litteris. de jur. patro. Mont. in tract. fin. regund. cap 77. num. 9.* citra territorium, ut res incorporalis, 30. vel 40 annis: *c. auditis, 15. c cum olim. 18 de præscript. vide late Francis. Bald. in tract. præscript. num. 2. part 5. partis primæ, quæst. 1, 2, 3.* exceptis regalibus, quæ non nisi tanti temporis usu, cujus initii non exstat memoria, acquiruntur, *l. dominus C. de agric. & cens. lib. 11. Bart. in l si publicanus. 4. § in omnib. de publica. & in l. 1. Cod. de aur. cor. lib. 10. Ias. in d. l. 3. nu. 29. hoc tit. Salic. in l. 2. C. nov. vectig. imp. non poss. Alex. consi. 78. videretur. num. 5. lib.* A Privatorum consensu non datur jurisdictio, *l. 3. Cod. l. pen. de judic.* (quia ut dixi, juris publici est quod privatorum pactis constitui mutarique nequit, *l. jus publicum 38. cum simil. de pac.*) sed tantummodo prorogatur: *l. est receptum. 24. l. si convenerit. 18. hoc tit. l. 1. & 2. de judic.* hoc est, privati nullam jurisdictionem non habenti adjicere possunt: sed in eum qui alias ex lege jurisdictionem habet consentire, eique se subjicere possunt.

10. *Materia in qua, & circa quã.*

Materia in qua inest jurisdictio, sunt personæ & territoria: In territorio inest jurisdictio authore Baldo, passive, & materialiter, velut in re inanimata: in magistratus vero persona, formaliter & active, tanquam in subjecto animato, *Bald. in l. 1. item no. num. 2. de off præf. urb. & in § ad hoc. num. 5. & 6. de allod sequitur Ias. in l. 1. num. 15. de jurisd. Boer. decis. 227 num. 7. Mont. in tract. fin. reg. cap. 11. num. 15.* magis tamen, & certe in dubio, cohærere jurisdictio potius territorio, quam personæ intelligitur. *Bart. in l. ante. 20. de acq. rer. dom. & consil. 189. primo quæsitum. num. 2. per l. 3. § cum urbem de off. præf. urb. & tit. Cod. ubi & apud quem cogni. l. quicunque de fun. limit. C. lib. 10. c. 1. ubi Bald. & Dd de cap. qui cur. ven. in usib. feud.* Materia circa quam versatur jurisdictio, sunt personæ & res: *l. 1. 2. 3. 4. & tot. hoc tit.* nemo tamen sibi aut suis jus reddere debet, *l. qui jurisdict. 10. hoc tit.* nisi partium voluntate sit datus & electus Judex: *l. in privatis. 77. de judic.* neque superiori aut æquali, nisi sponte se subjecerint: *l. est receptum, 24. hoc tit. l. 4. de recept. arb. Bart. in l. fin. num. 5. de rer. divis. & in l. nunc. § 1. num. 7. § si quis jus dicenti non obt.* neque de rebus ad suam jurisdictionem non pertinentibus, *l. solet. 16. l. fin. hoc tit. l. solemus. 6. § fin. de judic.* Aliorum enim jurisdictio ad certas personas, *l. magisteria. 6. C. eod.* aliorum ad certas caussas, *d. l. solemus, l. fin. Cod. eod. d. l. solet.* quorundam ad certas quantitates, *l. si idem. 11. cum l. seq. l. cum quædam. 19. hoc t. in auth. de appell. & de defens. civit. gloss. in d. l. solet.* nonnullorum ad certa loca est adstricta: *tot. titul. de off. jur. Alex.* qua in re commissæ mandatæque jurisdictionis forma est sequenda.

11. *Quæ mandari in jurisdictione possint, vel non.*

Sed nec omnia mandari possunt: ut jus gladii, *l. nemo potest. 71. de regul. jur. l. ult. de off. ejus cui m. ju. quæ.* caussæ status, *l. 2. C. de ped. jud.* & quæ nominatim privilegio aliquo, vel speciali legis dispositione magistratui injunguntur. *d. l. 1. l. cum in. 2. §. jud. mo de transact. l. mutus 6. § tutoris. de tutel.* vel etiam privatis ex legis concessu mandantur, *d. l. muto § tutoris. l. nec mandante. 2. de tut. & curat. l. 2. de off. ejus cui mandat. Cic. Phil. 2.* Mixtum autem imperium mandari posse, certum est: *l fin l. 1. § fin. de off ejus cui mand.* quia cum jurisdictione cohæret, & transit, *l. 2. 3. hoc t.* Quanquam jure Canonum, *c. quod. sedem, 10. ubi gloss. de off. ordin. Soc. tract. cita. art. 4. num. 7.* & moribus nostris, *Alber. Dec. in d. l. 1. de off. ejus cui mand. Cagnol. in d. l. nemo. 71. de reg. jur.* omnia fere hæc jure magistratus competant, & hodie transferri ac mandari indistincte possint: ut de his anxie disputare, non sit operæ pretium.

12. *Forma exercendæ, præscribendæ, probandæ jurisdictionis.*

Forma exercendæ jurisdictionis aut Solennis est in loco editiore & pro tribunali sedente magistratu, *l. pen. supra de just. & jur.* aut de plano stante pedibus (unde pedanei forte dicti) in plana terra, vel transeunte judice, *l. nec quicquam, 9 §. 1. & 2. de off. procons. § 2. Inst. de libert. l. 4. de fer. cum simil.* mandandæ autem jurisdictionis varia, pro vario mandantis arbitrio. *l. solet. 16. h. t.* probandæ quoque jurisdictionis forma & ratio multiplex: puta per notorietatem, *Bald. in l. fin num. 41. C. de edict. divi. Adrian. Mon. in tract fin regun. cap 77. cum seq.* instrumenta, privilegia, *c. cum causam, 13 de prob.* antiqua, *Bal. cons. 16 proponebatur, num. 3. vol. 5. per l. census, 10. de probat. l. monumentorum. 6. C. de rel. & sump. fun. Areti. cons. 42 Mont. tract. fin. reg. c. 6 nu. 4.* testes qui de actibus exercitæ jurisdictionis testantur, *Ias. in d. l. imperium, num. 23. Bald. d. consil. 61. Mont. tract. fin. reg. c. 51. n. 5. & 6.* puta præceptis, mulctis, executionibus, perceptione commodorum, *Bald. præal. cons. 161.* collectis: *Bald d. consil. 20 num. 5. per l. forma, de cens.* item per antiquam formam, & per præsumtionem juris, qua unumquodque præsumitur illius esse jurisdictionis, cujus est territorii, *c. 2. de restit. spol. in 6. c. a. cum episcop. 7 de off. ord. Pan. in cap. si diligenti de præscript. c. a. per venerabilem. Qui fil. sint legit. Imol. in c. nimis, num. 3. & 4. de jurejur. Socin. cons. 67 in causa. num. 6. volum. Montan. in tract. fin. cap. 61. n. 4.* & cum aptitudine totam jurisdictionem obtinere, qui exercitium certorum actuum præscripsit: *Soc. cons. 187 in controversia, num. 6. vol 2. Angel. in l. cum super 10. C. de rei vend.* ut habet communis opinio, *Spec. de jurisd. in prin. num 35. Innoc. in c. a. 2 num. 3 de cap. monach. Cyn. Salic. & alii in l. 2. C. de aman. lib. Ias. in d. l. imperium num 43. Bald. cons. 162 proponebatur. vol. 3. Alex. cons. 86. viso num. 70. vol. 1.* etiamsi Bart. & alii quidam contra opinentur: *in l. 1. de itin. act. priv. Iacob. in tract. feud. ver. & cum mero, num. 15. Schurf. cons. 86. cen. 2.* ut tantum ex jurisdictione scilicet intelligatur præscriptum, quantum inveniatur possessum, quorum opinio vera est, cum aliquis est in generali possessione jurisdictionis, *Innoc. in d. cap. 2. de cap. mo. num. 3. Pan. in c. cum olim n. 9. de præsc. Ias. in l. 3. in prin num. 56. de acq poss.* aut quando jurisdictio præscripta non est fundata jure communi: *Ias. in d. l. 3. num. 40. text. in ca. 1. & 2. de rest. spol. in 6.* alias receptius est, uno jurisdictionis actu præscripto, reliquos etiam, qui ejusdem generis sunt, (nam in diversis secus est) præscriptos videri. *Ias. in d. l 3 num 23. Panor. & Canon. cap. cum dilectus. de cap. mon. Schurff. d. cons. 86.*

13. *Finis & effectus, de actione hujus edicti: cui contra quem, ad quod detur.*

Finis jurisdictionis est, ut religio conservetur, *l. 4. C de sum. Trin. &* pax. *l. congr. 3. de off præs l. 2. cum seq C de ped. jud.* finiantur lites & reddatur cuique suum. Quod ad effectum attinet: jurisdictio producit actionem Confessoriam & Negatoriam, qua defendatur. *Ferr. in for. lib. act. confess § plenam. num. 7 per not. Innoc. in c. conquerente, 16. de off. ord.* quin etiam hodie pœna fractæ pacis tenetur, qui alienam jurisdictionem violat, *Vide Henning. in cons. de territo Sax. lib 2. art. 71.* Qua de re, simul & de tota jurisdictionis vi atque authoritate, paulo post plura dicentur *ad tit. Si quis jus dicenti non obtempera. cum tit. seq & tit. Si quis in jus vo. cum seq.* Nunc quod huic magis loco tituloque congruit, de Edicto cujus sententiæ hic proponitur, *l si quis id quod. 7. cum ll. seq. hoc titul.* & quod non minimum jurisdictionis effectum exhibet, dum actionem pœnalem in eos, servá.

Album

Album Jurisdictionis corruperunt, proponit, aliquid est subjiciendum, Hujus sententiam his verbis recitat Ulpianus, *d. l. si quid id quod 7 hoc tit.* Si quis, inquit, id quod jurisdictionis perpetuæ causa, non prout res (puta privatorum, quorum nomine edicta Commonitoria proponuntur, *l. ad peremptorium 68 cum ll. seq. de judic.*) incidit, in albo, vel in charta, vel alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium, quod populare est. Et Justinianus: *§ pœnales, Inst. de act.* Pœnalem, ait, actionem Prætor introduxit adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset. Est igitur hæc actio, *d. § pœnal.* non accusatio, quia pecuniaria, Prætoria, *d. § pœnales, d. l. 7.* in factum, *Ias. d. § pœnales, num. 39. Roff. in sum. hoc tit.* stricti juris, quia pœnalis, *d. § pœnales*, personalis, popularis, *d. l. 7* directa, & nunc quidem plerumque utilis: *gloss. d. l. si quis, C. verb. extensio Spec. ac dol. § restat. num. 5.* quæ datur cuilibet agere volenti adversus eum, qui propositum jurisdictionis causa, quemadmodum & hodie literæ, edicta, mandata Principum & magistratuum proponuntur, corrumpit, tollit, *Bartol. num. 9. & Dd. d. l. 7.* &c. dolo malo, *d. l. 7.* puta in contemptum magistratus, *l. si familia, 9. hoc titul.* ut præsumitur ex facto, *l. 1. C. unde vi. l. si non convicii. C. de munor. Oldendorp. in Class. hoc titul.* nisi error, ignorantia, rusticitas, aut alia quæ excuset causa, extet, *d. l. 9* & probetur: *Bartol. Ang. in l. sed et si lege, § sciro, de pet. her. ang. Imol. Raph. l. ex consensu, § fin. de app. late Tiraq. de pœn. caus. 43. numer. 9* ad pœnam 500 aureorum applicandam petitori. *Hunc communem dicit Iaso. d. § pœnales, numer. 39. 40. per l. 3. de sepul. viol. qua tamen in § divus, 5 contra facit, quia pœnam fisco inferri jubet, potest. autem secundum alias populares intelligi, scilicet ut dividatur pœna inter actorem & fiscum l. lege, 25. § ultim. de S.C. Syllan.* (ut volunt) vel potius inter fiscum & actorem dividendam: *d. l. leg. 25. § ult. de S C. Syllan.* aut in subsidium, ad, *Ias. § pœnales, num. 43. 44. Bald. l. ult. de in jus voc.* ad pœnam corporalem, *d. l. 7. § in servos, Ias. d. § pœnales, num. 43. 44.* ut qui non habet in ære, luat in corpore, *l. penult. l. ult. inf. de in jus vocand.* Quanquam & officio judicis absque actione ejusmodi mulctari possunt: ut & qui literas, acta publica, cæteraque quæ sunt jurisdictionis, abradunt, auferunt, resignant, denique quovis modo vitiant & abutuntur, *Dd. l. 7. Ias. d. § pœnales, num. 33. 34. 35 cum. seq. § ubi in Auth. ut null. jud.* Affinia jurisdictioni putentur Regalia, *c. unic. quæ sint reg. l. 4. C. de præs. 30. ann. ca. super. 24. § 1. de verb. signif.* & quæ sunt imperii, *l. 3. hoc titul. Iacob. in tract. feu. vas. & cum mero.* ac Consimilia. Contraria, quibus jurisdictio finitur & extinguitur.

Finitur jurisdictio ordinaria, morte ejus cui commissa est, non morte mandantis: *c. 2. de off. lega. Alexan. in l. more: hoc titul.* item non utendo, ac præscriptione, *c. cum olim de privileg. c. cum persona, eod. tit. in 6. Bald. in tract. præsc. 3. parte 5. partis, consi. 12. numer. 2.* (supremi Principis potestate excepta, *c. cum non liceat ubi Panorm. & Canon. de præscript. &c. communiter de cons. Bald. præallog. quæst. 2. numer. 2.*) scilicet possessione per prohibitionem interversa, *Ias. in l. quo minus, numer. 31 de flum. Cora. Cons. 208 num. 25. volum. 4.* nam alias jurisdictio, utpote res meræ facultatis, *gl. in l. solent l. 6. in fin. de off. pro. Panorm. in c. quod translationem, num. 4. de off. delega. Bald. in l. hac autem jura 5. num. 1. de ser. urb. præd.* non præscribitur, *Ias. in l. beneficium, 3. num. 56 de constit. Princ. per l. in filius, 55. C. de decur. lib. 10.* in singulis porro causis finitur, finita instantia vel lite *l. properandum. 1. C. de judic.* aut judice recusato, *vide an ordinarius recusari possit in l. apertissi. 14. C. de judic.* Jurisdictio delegata finitur morte delegati *c. penult. de off. dele.* & delegantis: siquidem negocium per citationem *c. gratum, 20. de off. deleg. Ias. in d. l. & quia 6. num. 36. & 37* necdum sit inchoatum, & res adhuc existat integra: *l. & quia, 6.* Item revocato mandato, *c. a nsinuante, 25. de offic. delegat.* & tempore, quod judicio præstitutum erat, translacto: *c. de off. deleg. l. cum prætor 12. & l. judicium 58 de jud.* seu (ut nunc loquuntur) elapso termino commissionis: *c. de causis, extr. de off. deleg.* item recusatione, *c. licet, de for. com. cap. secundo requiris, de appell.* appellatione, *c. ut debitum, de appell.* finitoque negocio commisso: *l. judex, 55. de re judic.* & aliis modis, qui alibi copiosius explicantur, *gloss. in c. literis, 9. de off. deleg.* Prorogata jurisdictio etiam pœnitentiâ finitur, si antequam Judex adeatur, ejus conventionis alterutrum pacisœntium, *l. si convenerit 18. hoc tit.* pœniteat. Etsi enim is qui forte pœnam hoc nomine promisit, ex stipulatione teneri potest, ad id quod interest judicem aditum non esse: *l. dum 27. § fin. de recep. arb. Bart. Ias. num. 26. in d. l. si convenerit,* tamen ex tali conventione, coram judice non suo conveniri nequit: cum pactis privatorum non detur jurisdictio. *l. privatorum 3 Cod.* nec jus citandi cogendique ullum, Judex cujus antea non fuit, neque dum per litis contestationem facta est ordinaria jurisdictio, habeat, *l. fin. hoc tit.*

14. Quomodo finiatur.

OBSERVATA.

Ratio inscript.

De Jurisdictione) Cur tit. aliter inscribatur hic, quàm in Codice, rationem assignat Duaren. *h. c. 2.* cum Justiniani tempore judicarent magistratus, & judices dicerentur, titulum hunc in Codice inscriptum esse, *de Jurisdictione omnium Judicum*: at Digesta ex veterum JCtorum scriptis composita esse, quorum tempore magistratus non judicabant, nisi extra ordinem, sed judices dabant: ideoque judices dici non solere ab iisdem autoribus, nisi perrarò: atque ex hac ratione hîc tractatum de potestate magistratuum, quæ in Jurisdictione versatur, non aliter inscribendum fuisse, quàm *de Jurisdictione*.

Ordinis.

N. I *Ad explicationem judiciorum*) Ait ad explicationem judiciorum nunc deveniendum esse; & ipse tamen jam ante dixerat incipere tractatum actionum, *sup. t. 9.* Quod verum est, sed non nisi vocabulis actionis vel judicii, *pro toto judicii tractu*, generalissimè acceptis. Pertinet hic tit. ad illam præparatorum judicii partem; quæ dicitur Competentia (idoneitas) magistratus, consistitque in ejus officio, de quo supra, & potestate quæ est Jurisdictio.

Notatio jurisd.

N. II. *A Jure dicendo*) & quia exercens Jurisdictionem dicitur jus dicens, ac jus dicere, *l. 10. de offic. procons. l. 18. 14. 18. & l. ult. h. t.* & quia mandata Jurisdictione totum transit jus dicentis officium *l. 1. § 4. de susp. tutor.*

Pro tribunali) Putat Jurisdictionem pertinere tantùm ad majores magistratus, qui pro tribunali cognoscebant, quod jus dicere iisdem tribuatur signatè. Erat autem tribunal locus editus, ubi majores magistratus jus reddebant, *arg. l. pen. de l. & l.* Unde tribunali præesse & jus dicere sunt quandoque Synonyma *l. 1. de Judic.* Et hoc jus sedendi in tribunali tantùm habebant illi, quibus curulis sellæ jus erat, ut Consules, Prætores Ædiles: in Provinciis vero Præsides & Proconsules. Magistratus municipales, ut & minores in urbe, Tribuni, Quæstores, Triumviri, in subselliis judicabant. Attamen ex his non rectè infert Wesenb. majores magistratus propriè habere Jurisdictionem: quia solennitas illa sedendi in tribunali ipsi magistratui extrinseca est: intrinseca verò & de essentia ejus Jurisdictio: quæ cum omni competat, licet minimo, sequitur & minores propriè jus dicere, & de iis propriè prædicari Jurisdictionem. Per excellentiam tantùm magistratus majores dicuntur jus dicere, quod nihil essentiæ magistratus vel jurisdictionis derogat. Confer. *notat. ad pr. tit. de Senat. verb. de generibus.*

Jurisd. non restringenda ad tribun.

Id propriè minus) Ait Jurisdictionem 1. sumi propriè pro potestate majoris magistratus & ordinarii: 2. ἐν πλάτει pro omnimoda Jurisdictione, etiam causarū,

Ambiguitas voc. jurisd.

ut putat, criminalium: 3. pro usura seu exercitio Jurisdictionis, quo sensu Jurisdictio dicitur delegata. Verùm prima analogica potius est quàm propria. Secunda nullibi in jure usurpatur. Tertia usitata est sed non propria. Explicaoùs itaque dicimus, accipi vocabulum Jurisdictionis ex usu legum Romanarum (1) propriè & frequenter pro potestate magistratus jus dicendi, *arg.l.3.h.t.* & minoribus quoque competit *l.t.si quis jus dic.non obtemp.* (2) κατ' ἐξοχὴν denotat potestatem majorem magistratuum, *arg.l.2.§.23. de O.I.* (3) *de jure dic.* potestatem de caosis civilibus specialiter concessam §.4.*I.de Atil.tut.l.8.§.10.de transact.* Accipitur pro certa regione vel loco, in quo jus dicitur, *ut in l.1. si quis de indic.* & apud Plin.*lib.5.nat.hist.c.*20.ab, ea, iñquientem, Dotis incipit: sed prius terga & mediterraneas Jurisdictiones indicasse conventum: (5) pro fonte Jurisdictionis, edicto sc. Prætoris *l.11.de in jus voc. l.2.C.de condit.insert.l.1.C.ubi in rem l.20.fam.ercisc.*(6) pro jure seu juris necessitate, §.1.*ibi: In assiduam jurisdictionem, de fideicomm.l.3.§.1.de recept. qui arbitr. recep.* (7) pro exercitio Jurisdictionis *l.1.6.de offic. ejus.* Vid. Scip.Gent. *de Jurisd.lib.1.c.1.* Verùm illud Quæstionis est, *an Jurisdictio eodem jure Justinianeo tam latè sumatur, ut etiam merum imperium comprehendat.* Rectè id negatur (1) quia oullo id jùris textu probari potest, ex tempore Jurisconsultorum vel Justiniani; (2) per *l.3.& 7.h.t.l.6.§.2. de tut.* (2) quod mandata Jurisdictione non transferatur potestas gladii, *l.1.pr. de offic. eius* Add.Suth.*de Jurisd.th.*106.*& seqq.* Diss.Wesenb. *h.* Scip.Gent.*d.lib.*1.*c.*2.& Dd. comm. (1) per *l.ubi: Jurisdictionem mandant h.* 2. Ubi judicia publici exercitio & Jurisdictio pro eisdem ponuntur: (2) per *N.15. c.3.vers.oportet.* (3) quod sub hoc tit.de Jurisdictione agatur etiam de imperio mero, ot in *l.3.h.* (4) Quia & in causis capitalibus jus dicitur, *l.2.§.& quia 13.de O. I.*(5) *per l.7.§.2.de offic.Procons.*(6) *per l.31.ad l. Corn. de fals.* Verum ad 1.2.5. & 6. respondit Suth. *de Jurisd.à th.*115.*neque ad th.*122. quibus equidem, quod adjiciam præter album calculum, nihil habeo. Tertium verò existe satis fragile est, quod constet ob affinitatem in nigro sæpissimè etiam de illis agi, quæ cum rubro habent affinitatem. Neque ullum imperium est sine aliquali cognitione. Ad quartum respondetur (1) non sequitur, jus dicitur in crimioalibus. E. eorundem est Jurisdictio: quia fragilis est valde à verbo ad verbale illatio. Sic enim agere, paciscì, judicare, contrahere, servire, aliter sæpe sumuntur, quàm actio, pactum, judicium, contractus, servitus. (2) Argumentum ab etymologia sumptum valet tantum negatovè non affirmativè. Notatio autem hic τοῦ *jus dicere* suo notato *Jurisdictione* multo latior est. Quippe jus dicitur seu tribuitur à magistratu in causis publicis, privatis, criminalibus & civilibus, *arg.pr.ibi: jus suum cuique tribuendi de I. & I.l.2.§.23. de O.I.* & de tutelis jus quoque dicitur, & ad jus dicentis officium hoc ipsum pertinet, *l.1.h.t.* attamen datio tutelæ propterea noo est Jurisdictionis, *l.6.§. 2.de tutel.* Sed illud tantum de quo jus dicitur jure magistratus *l.1.de offic.ejus* Neque ex usu Romano criminalium fuit Jurisdictio. Atque ex his omnium ita suppositus concidunt multæ quæstiones ex eodem erroris fonte promanantes, ut an Jurisdictio sit vox generis, (ceu contendit Molina *tr.5.d.5.de I.& I.*) & speciei, seu an met.imp.sit species Jurisdictionis, an concessa omnimodâ Jurisdictione (qualis nulla in leges Romanis) concessum etiam sit merum imperium, an Jurisdictio quædam sit criminalis, quædam civilis &c. Sanè *ex constitut. Frider.I.de pac. Constant.§.nos Romanorum in fin.* quidem patet, Jurisdictionem prædicari de causis criminalibus & pecuniariis, atque comprehendere merum mixtumque imperium. Et ex eo tempore hodienum id ita observatur, ut suis locis indicabimus. At tempore JCtorum & Justiniani secus fuit. Hioc textus de Jurisdictione & imperio oon nisi ex veteris illius Romanæ Reipublicæ conditione explicandi sunt. Qnod negligentes Accursius, Speculator, Bart.Bal. & quicquid ferè est Dd.qui non diu post instauratum in Italia jus Justinianeum sec. XIII. & XIV. vixerunt, Jurisdictionem ex eo tempore, quod intercesserat à Frider. I. & maximè ex ejusdem constitutione æstimabant, illaque quæ tum temporis Jurisdictionis nomine veniebant, ad universum trahentes, legibus Romanis *sub tit.ff.& C.de Jurisd.* applicabant: (unde tanta errorum in hac materia seges & inexplicabiles labyrinthi. Quibus se non possunt quoque non involvere illi, qui ea, quæ in jure oostro scripta sunt de Jurisdictione, mero mixtoque imperio, de causis item civilibus quæ jure magistratus non veniebant, sed ex speciali concessione, hodierno statu & aliis rebus publicis plane aptare nituntur. Unicuique enim sua & specialis Reip. forma est, & illa, quæ apud nos vocatur Jurisdictio atque Principibus imperii competit, ab illa quam Proconsules & Præsides habebant, provinciarum olim administratores, totâ formâ diversissima esse cœpit, ex quo Conradus I. Henrico Aucupi prior Saxonum jure feudi hæreditario concessit; quod deinde Ottones & reliqui hucusque sunt secuti. Vid.D.Cancell.Engelbrecht.*de Jurisd.th.*2.*& seqq.*

N. III. *Itaque sic malo*) Tres adferuntur Jurisdictionis definitiones. Bar. Bal. & Autoris. Verùm (1) rectè Bach.*ad not.h.* ait Jurisdictionem ineptè à Baldo dici habitum, cum oon acquiratur per plures actiones. Nec (2) quod jure publico introducta est Jurisdictio, quod ex æquitate statuat, quod secundario ad privatorum tendat utilitatem, juxta Br. (& Molin. *tr.5.d.5.*) ad ejus definitionem pertinent. Neque (3) Juris dicendi munere absolvitur, cum & de criminalibus jus dicatur, *d.l.2.§.& quia 23.de O.I.* Absurdius (4) dicitur potestas plectendi, item magistratus regentis officium; tum quod potestas coercendi sit ipsum mixtum imperium, quod quidem ut qualitas inest Jurisdictioni, non verò ut species; tum quod aliud sit officium regentis magistratus, seu jus dicentis, aliud verò ejusdem jurisdictio, *arg.l.1.2.* (5) Si Jurisdictio, ut vult Wesenb. est publica de causis potestas, E. & is qui tutorem dat, habet Jurisdictionem, quod tamen ipse negavit *ru pr.ac.n.4.ibi: quia eam nemo habet nisi ex speciali concessione*, & est contra *l. 6.§.2. de tutel.* (6) In altera Autoris definitione verba: *ex ordinario officii jure*, nimis iovolvunt propter ambiguitatem. Quippe ordinario modo magistratus exexercebat Jurisdictionem contentiosam, quando judicem dabat pedaneum, eique formulam præscribebat. At extraordinariè etiam ipse cognoscebat de causis status, dabat interdicta, exercebat cognitiones extraordinarias, *t.t.de var.& extraord.cognit.* quæ hac ratione contra certissima juris nostri principia, à Jurisdictione arcerentur. Alias aliorum definitiooes novissimè & breviter refutavit Suth. *de Jurisd. aphor.*174. *& seqq.* Ex mente autem legum Romanarum rectius definitur *potestas jus reddendi de causis jure magistratui competens*, vel explicatius cum Suth.*aph.*173. *potestas de civilibus & privatis causis sit jus reddendi jure magistratui competens*, quam ipse in seqq. eleganter explicat. Hier.Treutl.*in not.ad Wes.h.* Cujac. hoc notionem quæ jure magistratus competit. Et tolerari id potest si vox notionis laosime capiatur, *arg. l.6. C.quom. & quand. jud.l.1. §.1. de off.præf.urb. l.pen. de calumn.*

N. IV. *Individuum*) Scilicet in sese, respectu substantiæ

Quæ dis-plicet. Quomodo Romanis sumatur.

Q. an sit pro mero imperio? Neg.

Contra Wesenb.

Unde materia jurisd. explicanda, sit.

Definitio Br. Bl. & Autoris examinatæ.

Alia ex usu Roman.

Jurisd. non dividua.

substantiæ vel juris; est enim dividua Jurisdictio quoad exercitium seu usum, ut, cum hodie uni assignatur pars una territorii, alteri altera, & sic certis regionibus quisque eam exercet, ubi tamen apud singulos Jurisdictio manet in solidum ac indivisa. Conrad. Schleiff. *in not. Wesenb. hoc* Matth. Steph. *de Jurisd. lib. 1. c. 26. n. 7. & seqq.*

Ut transmissibilis.

Transmissibile) Id quidem de Jurisdictione hodierna illa, quæ est in patrimonio, obtinet, de veteri autem, quâ de hîc sermo non item. Patet ex *alleg. c. venerabilem.* quod est Innocentii III. qui vixit sæculo XII. in fin. Add. Bacch. *in not. b.* Gail. 2. O. 2. n. 16.

Perpetua.

Perpetuum) Et hoc saltem hodie de patrimoniali Jurisdictione prædicari potest; olim enim ad hæredes non erat transitoria Jurisdictio, sed fuit administrationis tantùm functio, quæ cum persona extinguebatur. Cæteroquin in perpetuum in materia Jurisdictionis dicitur dupliciter, (1) quod durante magistratu perpetuò durat, *l. 7. h. t.* eoque sensu & Jurisdictio vetus perpetua erat: (2) quod sine fine ad Successores transit: quomodo quædam nova Jurisdictio perpetua vocari potest, nulla vetus.

Juris publ.

Juris publici) Scilicet vel ratione causæ efficientis, quod publicâ Majestatis authoritate detur omnis Jurisdictio, *arg. l. 3. C. h. l. 57. in f. de re jud. arg. 4. Pol. c. 14.* vel etiam ratione objecti & finis; quod principaliter tendat ad Reip. utilitatem. *arg. § f. de h. & l.* Non verò tantùm ratione objecti. Nulla enim Jurisdictio Romana (qua de hic tantùm loquimur) est de causis publicis.

Jurisd. divisiones ex jur. Rom.

N. V. *Species*) Jurisdictionis divisiones famosiores sunt hæ: (1) alia dicitur *propria*, alia *mandata*, seu quod idem, *ordinaria* vel *delegata*; *suprà tit. offic. ejus pr.* (2) *Ordinaria* propriè sic dicta, & *Extraordinaria*, quæ est potestas jus reddendi de causis, quæ specialiter alicui concessæ, *arg. § 4. de Atil. tut. l. 8. § 8. de transact.* quam *Legalem, Nominalem, Specialem, Adventitiam* non malè vocat Suth. *de Jurisd. aphor. 123. & seqq.* potest etiam dici *impropria*, item *irregularis* & *Anomala*: (3) *voluntaria* & *contentiosa*, *l. 2. de offic. Proconf.* (4) *Simplex* & *Prorogata*: (5) Alia simplex & sine imperio, alia mixta & cum imperio. Sed de quibus per occasionem commodiùs dicetur *infr. ad n. 7. & 8.* Criminalis Jurisdictio jure Romano nulla est, quamvis extra hoc talis haud absurdè dicatur, atque apud alias Gentes junctum fuerit merum imperium cum potestate juris reddendi.

Mer. imp.

N. VI. *Habere gladii Potestatem*) Hanc meri imperii descriptionem ex *l. 3. h.* desumptam, ceu à parte potiori, retinendam censet & explicat Sutholt. *de Jurisd. aph. 392. & seqq.* Post Scip. Gent. *lib. 3. de Jurisd. c. 3. & seqq.* rectiùs Bacchov. *in not. h.* definit *publicam super criminalibus causis juris dicendi potestatem*: Vocatur eidem *ad Treutl. th. 5. lit. A.* potestas animadvertendi in facinorosos, h. e. *jus animadvertendi in reos criminum.*

Quid.

Animadvertere *in d. l. 3.* non excludit, sed includit etiam cognitionem (quæ tendit ad animadversionem) & pronunciationem sententiæ, imò & absolutionem & mulctæ dictionem. Vid. Scip. Gent. *d. lib. 3, cap. 3.*

Imperii vox ambigua.

Cæterùm vox Imperii aliquando significat dignitatem magistratus, cum potestate, *ut in § 4. de adopt. l. 2. Cod. l. 4. de arbitr. l. ult. ne quid in loc. publ.* aliquando potestatem coërcendi *l. f. § 1. de offic. ejus* quæ in criminalibus merum dicitur imperium (quod purum sit à jurisdictione, h. e. causis civilibus, quæ jure magistratus competunt, earumque cognitione) in civilibus imperium mixtum.

Cur mer. dic. imp.

Sex gradus à Br. assignati minus rectè.

Sex gradus) Illi sunt (1) Imperium maximum, ut potestas condendi leges, (2) Majus, ultimum supplicium, (3) Magnum, deportatio, (4) Parvum, relegatio & pœnæ quibus corpus affligitur, (5) Minus, modica coercitio, (6) Minimum, multa. Sic & Molin. *tr. 5. d. 6.* Verùm hæc utpotè nova & à mente juris civilis aliena rectè refutat Obtrecht *de Jurisd. c. 7. th. 32. & seqq.*

Gradus meri imperii ex pœnarum gradibus.

Cæterùm alia sunt pœnarum genera & modi coercendi *l. 6. l. 7. l. 8. de pœn.* alii verò pœnarum gradus. Hi secundùm genera pœnarum distincta à Callistrato, non malè etiam ad tres gradus generales revocari possunt, *arg. l. 28. in pr. & § 1. de pœn.* I. Gradus est pœnarum quibus vita naturalis adimitur. Huc pertinet vivi crematio, decollatio, ad bestias damnatio, item damnatio ad crucem vel furcam, submersio, strangulatio, & similes.

1.

II. Earum, quæ morti naturali proximæ. Hujusmodi autem sunt duplices, (1) quibus gravior coercitio corpori infligitur morti adfinis: (2) quibus vita civilis adimitur. Huc itaque pertinent pœnæ, quibus membrum corporis mutilatur, ut oculus eruitur, manus aut digiti abscinduntur (quamvis Obrecht. *d. c. th. 6.* has referat ad gradum primum) item metalli coercitio, damnatio in opus publicum, Aquæ & ignis interdictio, & quæ in hujus locum successit, deportatio.

2.

III. gradus eas pœnas continet, quæ ad existimationis, non verò ad capitis vel status periculum pertinent. Ejusmodi autem sunt quævis aliæ coercitiones, ut interdictio, relegatio, fustigatio, (quæ fiebat baculis ligneis à Tarquinio Superbo excogitatis, teste Eutropio *lib. 1.*) flagellatio, (quæ gravior illa, *arg. l. 10. de pœn.*) vinculorum verberatio, h. e. castigatio, quæ fit loris & habenis. His addenda Mulctatio, Infamia, privatio dignitatis, aut actus alicujus prohibitio, *arg. l. 8. & 9. de pœn.* quæ aliàs suspensio vocari solet.

3.

Not. de mulcta & carcere.

Duo autem hic prætereà notanda veniunt. I. quod de mulcta & reliquis pœnis dictum, tum demùm verum esse, si eæ in causis criminalibus infligantur. II. Quæri hic solet de carcere, an itidem ad gradus meri imperii pertineat. Et rectissimè Obrecht *d. c. 7. th. 25. & seqq.* eum diverso respectu ad imperium merum referre & imperium mixtum. Confer. Scip. Gentil. *d. lib. 3. c. 10.* Bach. *ad Tr. b. th. 5. F.* Atque hâc ratione etiam hodie pœnarum, consequenter & imperii meri gradus distingui posse rectè contra Zasium docet Obrechtus *d. c. 7. th. 40.*

Mixtum imp. quid.

N. VII. *Mixtum imperium*) Est illud nihil aliud, quàm *potestas modicè coercendi, Jurisdictioni tuendæ inserviens*, *arg. l. 5. § 1. de offic. ejus.* *Imperium* vocatur, quod in coercendo consistat; *mixtum* & quia penes illum est, qui Jurisdictionem habet, *arg. d. § 1.* & propter imperium merum, quod nihil Jurisdictionis continet, nec est penes illum, penes quem Jurisdictio. Modica dicitur coercitio itidem respectu meri imperii.

Hoc habent & inferiores Magistratus.

Ordinario seu Curuli) Falsum hoc esse notavimus *suprà ad n. 2.* Nam ut Jurisdictio omni magistratui competit, licet is non sit ordinarius, ita & mixtum imperium (quamvis hoc non æquali semper gradu,) (1) *arg. l. 2. l. 1. § f. l. ult. de offic. ejus.* (2) quia magistratus municipales quos pro tribunali non sedisse translatitium est) tamen poterant servos modicè castigare, *l. 12. h. t.* pignora capere, & ad rem judicatam tuendam distrahere, quæ mixti sunt imperii, *arg. l. 29. § 2. ad L. Aquil. l. 15. § 2. de re judic.* *Nec obstat l. 26. ad municip.* ad quam respondetur *infr. h. n. verb. seq. in f.*

Resp. Merillio.

Dissentit Duar. *in l. 12. h. t.* & aliquo modo Merill. *lib. 1. variant. ex Cujac. c. 2.* putans in minoribus magistratibus esse Jurisdictionem sine imperio. Movetur I. *per l. 32. in f. de minor.* ubi dicitur minores magistratus esse sine imperio & potestate. Resp. (1) imperium ibi significare autoritatem majorem, *arg. § 1. de adopt.* quo sensu dicuntur illi sine imperio & potestate, scilicet majori, oppositivè ad majores. Neque hoc novum, cum propter illam excellentiam minores etiam omninò negentur magistratus,

ut in l. 2. §. 33. *de O. I.* (2) Si verba *d. l.* 32. tam strictè accipienda, sequitur, quod nec potestatem habeant illi minores magistratus, quod tamen absurdum agnoscit ipse Merillus, *per l. unic. si quis jus dic. non obt.* II. Regerit, minores magistratus pignus capere & coercere quidē, sed non ex vi sui imperii. Verùm quia illi non ex lege municipali, sed ex jure proprio habent Jurisdictionem. E. & imperii mixti illam particulam, *arg. l.* 1. § *f. de offic. ejus.* Et legis saltem fit mentio, ut ostendatur, an conveniri possint illi actione L. Aquiliæ, an verò non: nam si lege capiunt pignus, jure capiunt, *arg. l. injuriarum* §. 1. *de injur.* III. Magistratus municipales mittere in bonorum possessionem att, *l.* 4. §. 2. *de dam. inf.* sed ex delegatione Præsidis & ejus vice *l.* 1. *eod.* Resp. magistratus municipalis non poterat pœnam statuere, *l. un. si quis jus dic.* nec mulctam dicere, *l.* 5. *C. de defens. civit.* nec jubere cavere Prætoriâ stipulatione, nec in possessionem mittere *l.* 4. *h. junct. l.* 26. *ad municip.* Exceptio tamen est *in d.* §. 3. in duabus caussis, quæ quidem delegabantur, quod desiderent celeritatem & periculosa Prætori videatur dilatio. Attamen in cœteris, quæ coercitionem sapiunt nec delegantur, hi magistratus mixti imperii portiunculam nihilominus retinent.

Jurisd. ut insit mixto imperio.

Jurisdictionē illi imperio inesse) *In l.* 3 *h. t.* dicitur, quod Jurisdictio insit mixto imperio, & *in l.* 1. § *f. de offic. ejus.* quod imperium non merum Jurisdictioni cohæreat. Utrumque rectè. Nam Jurisdictio inest mixto imperio per modum *antecedentis*, quia coercitio in caussis civilibus præsupponit Jurisdictionem ut antecedens necessarium. At mixtum imperium cohæret Jurisdictioni per modum *accidentis, consequentis* ita ut per id sortiatur effectum Jurisdictio: aut *cohæret virtualiter*, sicut pars virtualis suo toti potentiali aut potestativo, quoties enim opus est illa virtus se exerit, & præstò est tuendæ Jurisdictioni, ne potestas sine coercitione existens sit elusoria. Jurisdictio enim objecto quidem convenit cum mixto imperio, scilicet quoad causas civiles, nec non quoad personas: at differunt fine, effectu & essentiâ, quæ in hoc est coercitio seu executio *l.* 12. *h. t. l.* 5. §. 1. *de offic. ejus* in illa verò cognitio. Conf. Sutholt. *aph.* 261. *& seqq.* Diss. Dd. variè. Cæterùm cum ex hoc *n.* 7. pateat, illa quæ jure magistratus competunt partim esse actus Jurisdictionis simpliciter, & *expediri jus reddendo*, partim verò mixti imperii, & *expediri non nisi per coercitionem & exequendo:* hinc enata est distinctio jurisdictionis in *Simplicem & imperium mixtum*. Illa dicitur, quæ *non est posita in coercendo, sed simpliciter in jure reddendo*, ita tamen ut habeat sibi adjunctam potestatem coercendi, per quam, sicubi opus, defendi possit. Hoc, quod *in imperando & exequendo consistit*. Conf. Bach. *ad Treutl. h. th.* 3. *B.* quem sequitur novissimè D. Arn. Vinn. *de jurisd. c.* 7. §. 4. Probatur id (1) quod & nominibus & re ipsâ invicem distinguantur Jurisdictio & mixtum imperium *l.* 3. *h. t. l. f. de offic. ejus.* & similem rationem differentiæ habet Suth. *aph.* 260. (2) quia actus voluntariæ Jurisdictionis fiunt sine coercione, *arg. l.* 2. §. 2. *de offic. Proconf.* Nec officit, quod in *l.* 1. § *f. de offic. ejus* dicitur imperium cohærere Jurisdictioni, cohæret enim semper potentiâ, & ut consequens, non semper actu; & licet cohæreat, tamen differt ab illo cui adhæret; sicut pacta adjecta, licet semper insint contractibus, quibus adjiciuntur, tamen ab iisdem differunt. Hoc nomine dicimus, illa negotia, quæ competunt jure magistratus, esse vel Jurisdictionis simplicis vel mixti imperii. Jurisdictionis simplicis dicuntur, quæ saltem in jure dicendo, seu jure constituto reddendo consistunt. Redditur autem jus vel *uni* petenti vel *duobus*. (Neque enim verum quod putat Gentil. *lib.* 1. *c.* 29. Jurisdictionem propriè considerari, cum inter litigantes jus redditur: Decretum verò interponere pertinere ad imperium mixtum; Quia ipse fatetur decernere eum, qui jubet aut permittit aliquid in cognoscendo, & decretum ipsi est jussus & pronunciatio magistratus, quæ fit causâ cognitâ in judicio vel extrà. Hoc modo autem nulla fit coercitio. E. nec decretum mixti est imperii. *Uni* petenti jus dicitur (decernitur) (1) *per dationem bonorum possessionis. l.* 1. *h. arg. l.* 3. §. 3. *de bonor. possess.* (2) ex sententia Dd. per *missionem in bonorum possessionem*. Bachov. *th.* 4. *B.* Sed cum hæc non uno modo se habeat, rectiùs statuit Bernh. Sutholt. *aph.* 291. *& seqq.* eam aliquando esse Jurisdictionis, aliquando mixti imperii. Jurisdictionis est duobus casibus, (1) quæ fit ad petitionem hæredis ex testamento exhibito quod vitio visibili caret *l. ult. C. de Edict. Div. Adrian. toll.* causa namque civilis est, & Magistratus decernendo possessionem de tali causa jus dicit: (2) quando venter in bonorum possessionem mittitur nomine alimentorum *l.* 1. §. 2. *& t. t. de ventr. in poss. mitt.* His enim casibus fiunt missiones illæ nullius coercendi, sed tantùm juris reddendi causa. Contra mixti imperii est, si fiat (1) judicati exequendi causa, *t. t. ex quib. causs. in poss. eat.* (2) ejus qui non obtemperavit coercendi gratiâ, *t. t. ut in poss. legat. serv.* Inter duos jus redditur *vel non litigantes vel litigantes*. Ad illud pertinent *actus voluntariæ Jurisdictionis*, ut manumissio, vindicta, adoptio, emancipatio, *arg. l.* 2. §. 1. *& l.* 3. *de off. proconf.* Ex paritate rationis etiam *insinuatio testamentorum* & donationum, ut sentit Schneidvv. §. *alia inst. de donat.* Wesenbecius *instr. qui test. fac. n.* 10. quod tandem habeantur actus voluntariæ Jurisdictionis. Quas rectius retuleris ad primum modum, quo uni jus redditur. Aliud est in unione prolium propter similitudinem cum adoptione. Vide Differt. *n. de jur. rer. concl.* 74. *n.* 6. Non autem huc spectat legitimatio naturalium, Sutholt. *aph.* 335. nec confirmatio hypothecæ judicialis, D. Carpz. *l.* 4. *t.* 4. *r.* 31. *n.* 19. Cæterùm quod diximus, actiones legis in specie sic dictas esse Jurisdictionis, id verum est tantùm in magistratibus majoribus & urbanis, *per not. ad n.* 2. *verb. quicunque de offic. ejus.* Dependentque hæc ex principiis potissimum politicis Reipubl. Romanorum. Inter *duos litigantes*, jus redditur vel *modo ordinario*, dato judice & præscriptâ formulâ, vel *modo extraordinario* sine judice & sine formula. Ad posterius pertinent negotia, de quibus ipse magistratus cognoscebat, ut (1) *Præjudicia arg. l. f. si libert. ingen. esse dicat.* (2) jubere cavere prætoriâ stipulatione, seu jussum de cavendo Prætoriâ stipulatione, *arg. l.* 18. *l.* 19. *& t. t. de damn. inf. l.* 21. *de oper. nov. nunt.* Vid. Gent. *lib.* 1. *c.* 31. Nec refragatur *l.* 4. *h. t.* ubi dicitur id imperii magis esse, quàm Jurisdictionis. Nam imperium ibi non significat mixtum imperium, nec hoc opponitur ibi Jurisdictioni, sed ex iis quæ sunt Jurisdictionis, quædam sunt magis imperii, h. e. magis imperiosa vel affinia coercitioni illi, quæ mixtum imperium vocatur, quædam magis Jurisdictionis: sunt enim quasi duæ partes Jurisdictionis, altera humilior, altera excellentior. Confer. Obrecht. *de Jurisd. c.* 12. *th.* 22. ubi dicit, etsi nihil sit mixti imperii, quod non sit etiam Jurisdictionis, tamen in illa mixtura esse semper aliquid quod emineat vel excellat. Unde porrò dici posset vocem *Magis* sumi *in d. l.* 4. *h.* non ἀντιθετικῶς seu positivè quatenus unum negat, alterum verò affirmat, *ut in* §. 5. *de cap. demin. l.* 3. §. 2. *de usufr. accresc.* sed συγκριτικῶς, comparativè, quatenus neutrum negat, sed utrumque affirmat, unum tamen magis quàm aliud. Estque ita jubere cavere Prætoriâ stipulatione imperii magis, quàm Jurisdictionis, h. e. est Jurisdictionis quidem & imperii, sed magis tamen hujus quam illius. Dissentit Cujac. *in d. l.* 4. qui συγκριτικῶς

Ut mixt. imp. cohæreat jurisd.

Quomodo differant.

Distincti sunt actus jurisdict. simpl. & mixt. imp.

Jurisdict. simpl. sunt quæ in jure reddendo.

Datio bon. poss.

Missio in bon. poss. quandoq;

Actus vol. jurisdict.

Actus cont. juris
diction. etiam extraord.

vrnuṽ quidem sumit particulam magis, sed illa acceptione quâ imperium significat mixtum imperium, h.e. ut mixti sit imperii magis quàm Jurisdictionis. Alitet adhuc Emund. Merill. *lib. 1. variant ex Cujac. c. 4. circ. fin.* qui putat sumi *Servaõc:* ad modum jus reddendi extraordinarium spectant *interdicta*, *t. ut possid. de vi & vi arm.* (4) Prætoriæ seu *extraordinariæ cognitiones* in specie sic dictæ, *t. t. de var. & extraordin. cognit.* quo & referendæ sunt causæ status, *arg. l. 2. C. de pedan. judic.* Et tantum de prima parte eorum quæ jure magistratus competunt, & sunt Jurisdictionis simplicis. Altera est rerum quæ mixti imperii. Ubi notandum (1) quod huc *non pertineant nisi ipsa coercitiones modica quæ tuendæ Jurisdictioni inserviunt*, unde arcentur hîc *animadversiones* in criminalibus, ut & ea quæ nudæ *notionis* expediendæ causa, propter condemnationem fiunt à judice pedaneo, ut delatio juramenti in litem, habere reum pro confesso, sequestrare rem litigiosam; excludere à jure probandi &c. Vid. Gentil. 1. *de Jurisd. c. 15.* (2) Quæ sint illæ coercitiones. Sunt verò remedia illa Prætoria quibus Prætor tuetur suam Jurisdictionem, & ex his tria illustria, multæ dictio, pignoris captio & corporis retentio sive prehensio *l. 9. §. f. ad L. Jul. peculat.* Quæ his adnumerentur vid. apud Gentil. *c. 7. & seqq. usque c. 18.* (3) Habet & mixtum hoc imperium suos gradus: unde magistratus municipalis non potest Jurisdictionem suam defendere pœnali judicio *l. un. si quis jus dic.* Vid. not. *supr. h. n. ad verb. compet.* alios gradus Dd. quos assignant, copiosè refutat Obrecht. *d. c. 12. th. 26. & seqq.* Verùm præcipua difficultas hic est de tribus. I. Q. de datione bonorum possessionis? Indistinctè ea referenda est ad jurisdictionem simplicem, ut supra diximus. Nec Obstat *l. 5. h. t.* ubi datio bonorum possessionis indistinctè refertur ad mixtum imperium. Resp. Bach. *ad Treutl. vol. 1. disp. 3. th. 4. lit. B. & ad Auth. h.* pro *quod* ibi legendũ *quæ*, ex edit. Florent. & quod id suadeat particula sequens *etiam*, *ibi: cui etiam Jurisdictio inest &c.* significans aliud exemplum Jurisdictionis præcessisse. Acque sensus est, *d. l. 3.* jurisdictionem consistere potissimum in decernendo & judice dando. Conf. D. Arnold. Vinn. *select. jur. quæst. c. 3. l. 1.* II. Q. de judicis dandi licentia? Wesenb. *h. & n. 3.* cum Dd. comm. putat esse imperii mixti. Verùm rectiùs distinguit Bach. *d. disp. 3. th. 4. pr.* ita, ut sit Jurisdictionis in magistratibus majoribus & urbanis, non verò Jurisdictionis, sed specialis concessionis in provincialibus & minoribus, *ar. l. 12. §. 1. de judic.* juxta quam *l. 3. h. t.* explicari debet: Nullo verò modo aut casu sit mixti imperii, quod neque ad tuendam aut defendendam Jurisdictionem, multò minus ad exequendum pertineat. Diss. alii putantes judicis dandi licentiam & ad Jurisdictionem & ad mixtum imperium referri posse, per *d. l. 12. §. 1. ibi: propter vim imperii de judic.* Sed Resp. vocem *imperii* ibi significare non coercitionem modicam, sed summam autoritatem & dignitatem urbanorum magistratuum, ita ut moribus Romanorum tacitè receptum sit, iis per datos judices judicare licere. *Vis* autem ibi magnitudinem denotat, uti rectè explicat Coras. *in l. 1. §. f. n. 6. de offic. ejus.* III. Q. *de Restitutione in integrum?* Dd. comm. dicunt eam mixti imperii, per *l. 26. ad municip.* Verùm rectiùs indistinctè statuitur Jurisdictionis. Constat autem nos loqui non de Restitutione gratiæ, de qua in *l. 1. §. pen. de postul. & t. t. ff. & C. de sentent. pass. & restit.* quæ non magistratus est sed Majestatis, *d. §. pen.* sed de Restitutione justitiæ. In hac olim ante Constit. Justin. in *l. f. C. ubi & apud quem.* Prætor regulariter dabat judicẽ pedaneum cum formula. Nam vi, metu aut dolo damnum passus habet actionem metus causa, de dolo: major verò ex causa absentiæ læsus habet actionẽ rescissoriã, *§. 5. de action.* idemque obtinet in edicto de capite minutis, *l. 2. de cap. min.* & de alienatione judicii mutandi causa facta *l. 1. de al. mut. caus. fact.* Sicubi verò minor lapsu lubricæ ætatis læsus erat, licet is aliquando etiam habeat actionem, *l. 13. §. de minor.* plerumque Prætor extra ordinem subveniebat, *d. l. 13. §. 1. l. 24. §. f. eod. t.* Erat itaque Restitutio indistinctè Jurisdictionis vel ordinariæ vel extraordinariæ. Ex Const. verò Justin. *in d. l. f.* hodie indistinctè est Jurisdictionis ordinariæ, ut scilicet in omnibus restitutionis causis judex dari possit, qui tamen non est pedaneus ille seu datus, notionem saltem habens, sed mandatarius. Novo enim illo jure restituere potest, (1) judex pro tribunali sedens, vel (2) à Principe datus, vel (3) qui certæ administrationi cui Jurisdictio adhæret, sunt præpositi, vel (4) qui ab his dati, h. e. quibus mandata illa Jurisdictio, vel in totum, vel quoad partem. Verùm prædictis contrariari videtur *d. l. 26. pr. & §. 1. ad municip.* ubi videtur dici, quod mixti imperii sit restitutio. Resp. cum nulla vertetur hic coercitio, sed Prætor saltem illud jus reddat, quod edicto suo est pollicitus, reverà hic actus non est mixti imperii. Nec *d. l. 26. pr. & §. 1.* loquitur de mixto imperio (quia in §. 1. habentur quædam exempla, quæ mixti imperii non sunt) sed de actibus Jurisdictionis qui ita comparati, ut quidam illorum sint magis imperii, quidam magis Jurisdictionis. Magis autem imperii dicuntur esse, qui excellentiores sunt & digniores, proptereaque non sunt in magistratibus municipalibus. Ideoque restituere in integrum in se est Jurisdictionis, sed factâ comparatione actuum Jurisdictionis, imperii magis est, h. e. excellentior actus Jurisdictionis, quam Jurisdictionis scilicet illius nudæ & inferioris, quæ est in magistratibus municipalibus. Atque ita hanc l. explicat Bachov. *d. Disp. 3. th. 4. lit. C. & in not. ad Wesenb. h. n.* Verum dissentit valde ab hac sententia Joh. Jacob. Wisenbach. comm. *ad l. 2. C. de restit. milit.* quod mixtum imperium solâ coercitione non circumscribatur, sed & alia sint, quæ huic imperio vindicentur, *l. 3. 4. de jurisd. d. l. 26. ad munic.*

Quæ officio judicis nobili) Utraque hæc definitio mixti scilicet imperii & Jurisdictionis falsa est. Non quidem propterea quod non rectè dicatur *Jurisdictionem expediri*; cum expediri sit dissolvi & explicari, Jurisdictio autem neque dissolvatur, quod ita periret, neque etiam explicetur, quod nunquam fuerit implicita, ut arguatur Vac. à Vacun. *6. declar. 78. n. 14.* Quippe expedire frequenter significat perficere, exercere, agere, ut in illo Cic. *in epist.* peto à te, ut ejus negotia explices & expedias, & *in §. 2. vers. diversa schola, de empt. vend.* Sed (1) quia mixtum imperium non est Jurisdictio, sed quid Jurisdictioni cohærens, perinde ut pactum adjectum cohærens contractui non est ipse contractus: (2) non modò nobili Judicis officio expeditur mixtum imperium, ut fortè per inquisitionem magistratus, sed & mercenario & ad petitionem partis institutâ actione (quid autem sit nobile, quid mercenarium judicis officium explicat Sicholt. 273. & *seqq.*) (3) non officia judicis distinguunt mixtum imperium & jurisdictionem, sed juris redditio & coercitio: (4) etiam Jurisdictio per nobile officium exerceri potest, ut quoties magistratus salaria militibus, medicis aut aliud quid extra ordinem constituit. Vide *t. t. de var. & extraord. cognit.*

N. VIII. *Voluntaria*) Voluntaria dicitur Jurisdictio, quæ redditur tantùm in volentes. Contentiosa verò cum causæ cognitione inter invitos, *arg. l. 2. de offic. procons.* & petita hæc est distinctio ab actibus illis Jurisdictionis, qui à magistratu perfici possunt, vel in invitos, vel à

Quæ sint mixti imp.

Difficultas de dat. bon. poss.

De judicis dandi licent.

De Restit. in integr.

Diss.

Distinctio mixt. imp. à jurisdict. Wes. ubi improbatur.

Quid vol. jurisd. Quid contentiosa.

vel à sponte volentibus & eligentibus coràm eodem solent expediri. Illius objecta erant olim *legis actiones* in specie sic dictæ, tantùm tres, emancipatio, adoptio, manumissio. Hujus objecta sunt *lites & controversiæ*, quando inter litigatores de aliqua re contendentes, magistratus exercet Jurisdictionem, reddens judicium in invitum *l. 83. §. 1. de V. O.* Add, Dn. Frantzk. *com. h. n. 6. & seqq.*

Non est tertia species jurisd.

Tertiam speciem) Prædicta divisio cum non exhauriat omnem naturam Jurisdictionis, Bald. & Donell. tertiam speciem adjiciunt, ille Statutariam, hic Mixtam. Sed uterque perperam, ut ait Gentil. *d. lib. 1. c. 18.* Nam statutaria, quam consistere in jure faciendi leges & statuta, ait Bald. *in all. l.* ad Jurisdictionem (quæ Magistratus est) non spectat. Add. Bacch. *in not. h.* Mixta verò quam in tutoribus dandis consistere ait Donellus, non venit in legibus nomine jurisdictionis, sed est ex speciali concessione *l. 6. §. 2. de tut.*

Quæ sit data jurisd.

Quæ etiam data) Quæ sit jurisdictio, quæ in jur. Can. delegata dicitur, patet *ex tit. præced.* Hic notandum, quòd Wesenbecius verbum data *in l. 2. h.* de mandatâ explicat. Nil impedit id etiam intelligere de propria Jurisdictione, quæ data à Majestate, jure Magistratus, *l. 5. eod.* Cæterùm & *in l. fabi: vel ab his fuerunt dati C. ubi & apud quem.* dicuntur dati ab his, qui præpositi certæ administrationi, cui & jurisdictio adhæret, pro his quibus mandata vel delegata jurisdictio: quin iidem *in fin. d. l.* etiam *dati judices* vocantur, quod tempore Justiniani, cujus est illa constitutio, confundantur nomina judicis & Magistratus.

Quæ prorogata.

Prorogata) Prorogari dicitur jurisdictio, quando in eo, qui illam jure Magistratus habet, aut ex mandato, extenditur & ampliatur, *l. 2. §. 1. de judic.* Hoc enim ita solo privatorum litigantium consensu fieri potest; quamvis enim illi nequeant Jurisdictionem dare non habenti, *l. 3. C. h. t.* tamen eam habenti possunt prorogare, *l. 1. C. h. l. 18. ff. eod.* Dividit prorogatam jurisdictionē Bachov. *in not. h.* in Conventionalem & Legalem, & hanc cum Matth. Steph. *lib. 1. de jurisd. c. 25. n. 51.* dicit, quâ actor eidem judicio, in quo reum convenit, se submittit, & quoad conventionem, quam speciem prorogationis necessariam vocat Maranta: Verùm ubi curiosiùs consideratur, quod omnis prorogata jurisdictio sit ex consensu privatorum lege confirmato, rectior mihi videtur simplex sententia, omnem esse conventionalem, (vocabulo conventionis latissimè accepto) sed lege confirmatam, *arg. d. l. 2. §. 1. de judic.* Adeò ut nec ejus quidem, cujus jurisdictio prorogatur, nec judicis ordinarii, sive competentis, utpotè cui nihil adimitur, *l. 2. §. 1. de judic.* consensus requiratur. Vid. Vult. *in l. 1. C. h. n. 66.*

Nulla legalis, sed omnis conventionalis.

Consensus autem ille vel expressus est, vel tacitus. Expressus, quando apertè convenit inter partes, ut alius, quàm cujus est jurisdictio, jus dicat *l. 18. h.* Tacitus est duplex (1) quando qui ad jurisdictionem incompetentem vocatur, omissâ fori præscriptione, litem coràm eo contestatur, *l. 1. C. h.* vel cùm quis judici aliàs subjectus, cujus tamen jurisdictionem ex privilegio declinare potuisset, litem coram eodem contestatur, *arg. l. 4. C. h. t.* nisi errore lapsus sit *l. 15. ff. eod.* (2) Quando actor aliquem coram Magistratu convenit, tum is tacitè consentit in eundem quoad reconventionem, ut forum propterea ex contractu fundatum censeatur, *l. 14. cum auth. seq. C. de sentent. & interloc. omn. jud.* Et ideò fundamentum reconventionis non in eo est, quod lege ita disponente, censeatur eidem se foro subjicere actor (ut sentire videtur Bachov. *in not. h. circa fin.*) sed causa est tacitus ille & quasi contractus, *d. l. 14.* Idem *ad Treutl. vol. 1. disp. 25. th. 13. in pr.* Neque verò rectiùs prorogationem hanc necessariam vocat Maranta, quia actor in reconventionem volens consentit; Ergo necessaria non est, & quid prohiberet aliàs eadem ratione necessariam vocare, quæ fit primo modo? quem tamen ipse Bach. ultrò fatetur esse conventionalem. Plura de prorogatâ Jurisdictione notabimus, *ad fin. n. 9.* Cæterùm antequàm hinc abeamus, pretium operæ erit, nonnulla addere de natura & divisione jurisdictionis, ut hodie sumitur; quia cum, præsertim in seqq. Author hanc à veteri non distinguat, vix quis aliàs assequi potest, quid ille sibi velit. Sumitur autem vocabulum jurisdictionis hodie dupliciter.

Jurisd. hodie significat 1. potestatem regendæ Reipub. Quid?

Primò significat *potestatem regendi Rempublicam*, inprimis jus leges statuendi, & ordinandi Magistratus, adeoque & juris reddendi, h. e. tam νομοθεσίαν quam δικαιοδοσίαν. Quomodò in thesi definiri potest *potestas, seu jus faciendi circa ea, quæ superiori subduntur, eaomnia ad qua munus superioris se extendit.* Molin. *de I. & I. tr. 4. disp. 2. n. 5.* Bartolo & Dd. comm. dici solet dominium (h. e. potestas) jurisdictionis *in l. 1. §. per hanc. de rei vindic.* Sic hodie Jurisdictio est vel Ecclesiastica vel sæcularis; quia Majestas imperii, vel in sacris vel profanis consistit. Illa est de jure sacrorum & religionis. Utraque iterum vel *summa, absoluta, independens*, vel *subalterna* seu *Dependens*.

Summa &

Summa est *absoluta & perpetua potestas regendi & defendendi Rempublicam ad imperii utilitatem*, seu Majestas, junctim Imperatori & Statibus imperii competens; illi verò eminenter. Germ. Die Röm. Käys. Macht und Vollkommenheit / item die Vollkommenheit Käyserliches Gewalts / item die hohe Käyserliche Würde / derselben Macht und Vollkommenheit.

Subalterna s. superioritas territorialis

Quid

Subalterna dicitur aliàs *jurisdictio & & superioritas territorialis.* (Adeò latissimè enim sumunt vocabulum jurisdictionis, Paurm. Steph. Michael. & alii in *tractatibus suis de jurisdictione*, ita ut omne jus publicum sub hoc nomine pertractent) & est *jus ac potestas summum post Imperium regiminis, eiq; annexorum regalium sub nomine & qualitate* der Landesfürstl. oder hohen Obrigkeit / *cum territorio concessa, & legitimè acquisita, regulariter in omnes territorio inclusos*, (ut sunt subditi & Landsassii: Landsassen enim & Landsasserey / Domini territoriales, & jus territoriale relata sunt; unumque alterum præsupponit & arguit, Wehner. *observ. pract. verb.* Landsasserey) *ordinario & proprio jure* (non quidem ratione originis, sed quatenus semel constituta, non, ut olim jure Justinianeo, administrationis & familiaritatis jure, sed dominii & realis juris titulo habetur, in patrimonio est, in hæredesq; transitoria) *competens*.

Quibus hæc competat,

Habent autem hanc jurisdictionem territorialem (1) *Electores Ecclesiastici & sæculares.* (2) *Principes* iidem Ecclesiastici & sæculares in Imperio, ut Archiepiscopi, Episcopi & Archiduces, Duces Principes, Comites Palatini, Marchiones, Landgravii, Burchgravii, Comites, Barunes. (3) *Liberæ civitates Imperiales*, in quibus jurisdictio ejusmodi vocatur Lands hohe Obrigkeit / oder Lands Ober- und Herrligkeit. (4) *Nobiles imperii immediati*, ut Sueviæ, Franconiæ, & superioris tractus Rheni, die Schwäbische / Fränckische und Rheinische Ritterschafft. Vid. Wehner. *observ. pract. verbo* Ritterschafft. Confer Mingium *de superior. territor.*

Differentia eorum magistrat. Romanis,

Atque hæc jurisdictio subalterna hactenus ad locum hunc pertinet, ut internosci possit, quantum differant illi, qui hodienum provincias regunt, ab illis Magistratibus, qui tempore Justiniani, & aliorū erant, puta Prætore, Proconsule, Præside, Præfecto, Prætorio, Præfecto urbi, &c. Hi enim (1) Provinciam, civitatem, alieno non suo nomine & ad alterius utilitatem & nutum administrârunt. Illi verò suo proprio jure, non alieno nomine, etiam in propriam utilitatem regunt. (2) Hi jurisdictionem tantùm administrationis titulo jure magistratus, vel ex speciali concessione competentem habuerunt; illi dominii &

realis

realis juris titulo cum territorio obtinent. (3) Hi notionem saltem jure magistratus habuerunt, quanquam & merum imperium ex speciali concessione. Illi verò & regalia, & omnem quarumcunque causarum *δικαιοδοσίαν* & *νομοθεσίαν* in suis provinciis. Videsis Magnific. Dn. Lampad. *de Constit. Imp. Rom. Germ. p.2. c.3. th.* 8. Secundò Jurisdictio restringitur *ad potestatem juris reddendi* à superiore concessam. Sic est *potestas jus constituendi decernendi, competens ei, qui aliis publicè praest, in res & personas eorundem.* *Δικαιοδοσία, κρίσις τοῦ δικαίου καὶ ἀδίκου, 5. Eth.* 10. Germ. Gericht/ (unde ὁ ἄρχων ἐστὶ φύλαξ τοῦ δικαίου καὶ τοῦ ἴσου, *ibid.* Gerichtszwang.) Vid. Ruding. 2. *observ.* 70. Quamvis accuratè loquendo hæc vox denotet mixtum imperium sec. Wehner. *obs. pract. verbo* Gerichtszwang und Band. Dividitur I. & communiter in *omnimodam* seu plenissimam, die Allgleiche oder allgleiche Obrigkeit. (quo pertinet Q. an omnimodâ jurisdictione concessâ, & omnes species concessæ intelligantur & aliæ. Vid. D. Engelbrecht *de jurisd. th.* 169. *& seqq.* Wehner. *obs. pr. v.* Obrigkeit.) & *Specialem*, Matth. Steph. *lib.* 1. *c.* 2. *n.* 6. II. Dividit eam Bocer. *de jurisd. c.* 3. *n.* 88. in *Communem seu regularem*, quæ jure communi competit, ejusq; cancellis circumscripta est, *& singularem seu irregularem*, quæ præter regulas juris communis introducta, multaque habet irregularia. III. Dividi potest in *Realem*, quæ cum re, v.c. castro venit, *& personalem* quæ simpliciter officiis personæ cohæret, ut Rectorum Acad. Cam. Imp. Milit. &c. IV. Alia est sæcularis, alia Ecclesiastica. Hanc habent Canonici & Clerici moderni, qui in Collegiis victitant mediatis. V. Nobilissima Jurisdictionis divisio est, quâ in *Superiorem & Inferiorem* dispescitur, in das Unter und Obergericht. Quid autem harum nomine veniat, id non tam definiri debet ex jure Romano, quam ex usu cuiusque Reipublicæ. Jure Saxonico Superior Jurisdictio, (quæ & dicitur Blutbann/Peinliche gericht/Halsgericht/& Voigtey. Vid. Ruding. *d.l. & observ.* 68. Wehner. *observ. pr. v.* Voigtey/*ut verbo* Zent) continet omnem graviorem delictorum animadversionem cum vulneratione sanguinolenta. Inferior (aliàs das Erb: oder Niedergericht) causas pecuniarias & leviorum delictorum coercitionem, citra vulnerationem. Qualia quoad jus illud eleganter explicat Colerus *de proc. exec. p.* 2. *c.* 1. *n.* 137. *& p.* 4. *c.* 2. *n.* 68. Jung. Knich. *de privileg. Saxon. c.* 5. *n.* 21. *de cur. territor. c.* 4. *n.* 213. *it.* Wehner. *ind. verbo* Voigtey. Extra hoc id non satis expeditum videtur, quod plurima in his consuetudinario jure sint introducta; Etenim quamvis hodie sub nomine jurisdictionis veniant hæc tria, & ad invicem fine distincta (1) Merum imperium, das Halsgericht; (2) Mixtum imperium, der Gerichtszwang und band, & (3) Jurisdictio in specie sic dicta, Niedergericht / Bürgerliche Obrigkeit/ (quæ in Saxonia etiam dicitur Voigtey / und Voigteyliche Obrigkeit / notante Wehnero *d.v.* Voigtey) tamen in plerisque Germaniæ locis, Jurisdictio in superiorem & inferiorem frequentius dispescitur. Hocque nomine anno 1606, d. 18. Septembr. D. B, responderunt Dn. Antecessores Facult. his verbis: das nach besagte Vorgemelten Contracts, gedachten N. im Dorff N. die Gerichte/ausserhalb der Obergerichte/dadurch jemand am Leibe gestraffet würde / zustehen und billig gelassen werden. Demnach ist N. Vermög beschriebener Käyserliche Rechte/in fürfallenden Diebstahlen und Schlägereyen/wor auff ihr eure Frag insonderheit gerichtet habt/zu denen Straffen / so nicht mit dem Tode/abnehmung eines Gliedes / Staupenschlägen/ewiger oder zeitlicher Gefängniß/oder Verweisung/angeleget werden/wol befugt/ derwegen dann die Diebstähle/so zum ersten oder zu etlichen mahlen/jedoch geringschätzig geschehen/dabey auch mit Einsteigen oder Einbrechen/ oder auch sonsten keine andere beschwerliche umbständt sich zutragen / wie den auch die Schlägereyen/so ohn vorsätzlichen Uberfall / und dergestalt nicht geschehen/daß der obgesetzten Straffen einige stat hette/mit ziemlichen Geldbussen/ nach einer jeden That/ und des Thäters gütere beschaffenheit / von N. mögen gestraffet werden. Da auch sich solche Fälle begeben/ daß wegen grosser Verbrechung/die Straffe den Ertzbischofflichen Amptleuten des Obergerichts gebührete/ kan N. die Verbrechere mit Gefängnuß so lang auffhalten/biß sie denselben Amptleuten überantwortet werden können / welches dann gleicher gestalt geschehen möchte/da dem N. eine Geldbuß gebührete/sich sonsten aber deren an den Thätern nicht zuerholen hette. Endlich ist in acht zunehmen/wofern ein mehrers als bißher vermeldet worde/von alters herbracht sich befünde/daß es billig auch hinführo dabey bleibe. In illustri Ducatu Brunsv. Wolferbytano lites hoc nomine obvenientes ex constitutione D. Julii, excelsæ memoriæ Principis & Acad. cognominis Fundatoris gloriosissimi, decidi solent. Cæterùm & strictissimè hodie accipitur jurisdictio pro potestate Magistratibus jus reddendi de causis civilibus (non verò de criminalibus) etiam iis quæ olim jure magistratus non competebant, sed ex speciali concessione, v.c. tutoris datione Conf. not. *infr. n.* 10. *in f.*

N. IX. *Vel per legem, vel per populum*) Confundit hîc Wesenbecius (1) Jurisdictionem veterem & novam: (2) modos acquirendæ jurisdictionis cum causa ejus efficiente. Causa efficiens jurisdictionis veteris est Majestas (quæ vel penes optimates, populum, vel Principem) non verò ipsa lex & Magistratus in comitiis creati, qui ipso jure citra ulteriorem concessionem, Jurisdictionem & mixtum imperium habebant, *Halicarn. lib.* 7. Deinde constituto ita jure veteri, ut nemo habeat jurisdictionem nisi Magistratus, sequitur Principem Jurisdictionem non habere; tum quia illo jure nemo eam nanciscitur, nisi ab ipso Principe; at verò ipse sibi hanc potestatem concedere nequit, cum sit potestas absoluta; tum quod aliàs sequeretur, Principem esse Magistratum, quod non solùm in thesi falsum est, cum illud quod summum est, non possit esse inferius, nec sui ipsius quis sit instrumentum; sed & in hypothesi veteri jure, quia ita erat constitutum, ut magistratus haberet jurisdictionem, & nemo alius haberet nisi Magistratus. Atque hoc sensu rectè ait Bernh. Sutholt. *de jurisd. aphor.* 187. *& seqq.* Jurisdictionem apud Majestatem non fuisse *formaliter*, sed tantùm *virtualiter, radicaliter & effective*. Certè hodie cum jurisdictio non sit adstricta ad Magistratum, rectè dicitur inverso ordine, omnem jurisdictionem non modò radicaliter, sed & formaliter esse in Imper, in cæteris verò per participationem.

Consuetudine quoque) De jure veteri illud sine dubio haud procedit, Nam consuetudo maximè obtinet in statu populari, quo populus Magistratum saltem faciebat publicè in comitiis, adeòque expressâ approbatione & suffragio, unde magistratus tacitè simul accipiebat jurisdictionem. Nec officit *l.* 5. *ibi: more majorum h. t.* Nam ibi saltem dicitur *more majorum* ita comparatum, ut qui suo jure (hoc est, jure magistratus) jurisdictionem habet, initio enim ut liceret mandare jurisdictionem, nullâ lege cautum erat, sed ita receptum, quamvis postea ut permitteretur, lege confirmatum *arg. l.* 6. *h. t.*) eiusdem possit exercitium mandare; unde non sequitur ergò & is, qui suo jure habet jurisdictionem; eandem more majorum, seu ex consuetudine acquisivit. Add. Bach. *in not. h.* & Obrecht *de jurisd. c.* 4. *th.* 22. Neque etiam refragatur *l. fin. C. de emancipat. lib. & arg. c. dilecti filii. de arbitr.* Resp. enim consue-

Marginal notes: 1. Jurisd. specialiter denotat juris reddendi potestatem. — Sic alia omnimoda & specialis. — Regularis & irreg. — Realis & personalis — Superior & inferior. — Quæ hod. sint jurisd. superior. — Alia strictissima significat. jurisdict. — Causa efficiens jurisd. — Non est consuetudo.

consuetudine materialiter, h.e. usu & factis ipsis, acquiri jurisdictionem; neque principaliter, verùm longo tempore ad alias causas & personas sæpè prorogari. Cæterùm accuratè loquendo nec hodie verum est, quod consuetudine jurisdictio acquiratur. Et ut rectè monet Andr. Knicb. *def. & reg. terr. Jur. c. 3. n. 113. & seqq. c. 5. n. 49.* Doctores hic confundunt præscriptionem cum consuetudine, quæ longè invicem differunt. Etenim (1) illa est modus acquirendi dominii vel alterius juris in re: hæc pars juris civilis §. 3. *de J. n. g. & c.* (2) illa possessione unius hominis perficitur; hæc moribus & consensu populi introducitur: ex illa nascitur jus privatum, ex hac jus publicum. (4) Illius objectum non sunt nisi res quæ in commercio, & bonis; in hac jus adversari non attenditur. Illud tamen utrique commune est, quod tacitè fiat ipsisque factis. *arg. l. 32. de legib. & pr. Inst. de usucap.* Ex quo verò nihil ampliùs sequitur, quàm quod consuetudine acquiratur jurisd. materialiter. Conf. not. *t de leg. p.* 84.

Nec hodie.

Confunditur hic præscr. & consuet. quæ differunt.

Præscriptione) Nec hoc jure veteri ita se habet. Non solùm quod is, qui privatus est, non possit ita præscribere jurisdictioni, ut amplius non sit privatus, cum is, qui pro potestate Magistratuve sciens dolo malo se gesserit, committat crimen læsæ Majestatis, *l. 3. in f. ad l. Jul. Maj.* Sed etiam quod præscriptio & usucapio non sit nisi earum rerum, quæ in patrimonio esse possunt: Jurisd. autem illo jure in patrimonio esse nequeat. Nec officit *l. 8. C. de divers. off.* quam Bach. *in not. h.* interpretatur, non de præscriptione pro hac vel illa persona præsidis, sed pro officio. Responderi etiam posset, sic longo tempore rectiùs prorogari ad alias personas & causas, non autem noviter acquiri. Idem respondemus ad *l. fin. C. de emanc. lib.* Jung. Surholt. *de jurisd. aphor.* 410. Hodie cum jurisdictio sit patrimonialis, non dubium est, quin per præscriptionem quoque acquiratur. Conf. Bach. *in not. h. ad Tr. d. : sb. 7. C. & comm. h. C de causa effic. jurisd.* Idemque nostris temporibus in mero imperio obtinet, seu jurisdictione superiori, ut ejus utilitas à personis, (hoc est, illis quæ jurisdictionem habent, nec sunt privatæ) præscriptione acquiratur, Obrecht *c. 4. n. 2. 23. & 26.* Juxtà quæ responderunt D. Antecessores Facult. *supr. ad f. n. 8. h. t.* Item Senatui Mind. *a. 1614. d. 6. Jun.* & Eidem 15. *Apr. a. 1616.* Secus autem est de jure civili, (1) quia non erat in bonis merum imperium, *arg. l. 2. §. 3. de O. J. junct. l. 3. ad L. Jul. Majest.* (2) nemini competebat nisi cui specialiter erat concessum, *l. 1. de off. ejus.* Nec officiunt argumenta Accursii ex *l. 12. C. de cohort. lib. 12. & l. 5. h. t.* quibus satis respondet Obrecht *d. c. 4. n. 19. & seqq.*

Hodie præscript. acquiritur jurisdict.

Ut & mer. imperium

Secus & jur. civ.

Consentire) Sc. quia causa efficiens prorogationis est tantùm consensus, ut dictum *supr. ad n. 8. verbo prorogata.* Hic prætereà valde notandum, quod sec. Dd. comm. 4. modis fiat prorogatio, (1) de persona ad personam, *l. 1. de judic. l. 15. l. 18. h. l. 1. C. eod.* hæcque regularis & frequentissima est prorogatio. Et licet ita effectivè per consensum privatorum quodammodo tribuatur jurisdictio, tamen admissum hoc est extra ordinem propter lites finiendas; cum & compromissum, quamvis privatum sit, admittatur. (2) fit de re ad rem, seu causâ ad causam, per *l. 74. §. 1. de judic. l. 28. ad municip.* modò sit de causis ejusdem conditionis & naturæ. (3) de loco ad locum, intra tamen fines territorii, atque ita, ut quæ decretum requirunt, tamen pro tribunali tantùm & per causæ cognitionem expediantur, (4) de tempore ad tempus, per *l. 2. §. 2. de judic.* Ex his de duobus posterioribus modis dubitari solet, & utrumq; rectè rejicit Surholt. *de jurisd. aph. 374. seqq.* propter legem utrobique deficientem. Et *d. l. 2. §. 2.* loquitur de judice dato ejusque notione, non verò de jurisdictione quam nullam habet. Cæterùm alias quæstiones huc pertinentes videsis ap. Bachov. *in comm. h. t. Jurisd. prorogata n. 3. & 4.*

Modi prorogandi.

Tantùm duo.

N. X. *Materia in qua*) Secundùm jus vetus scitè dixisse videtur Baldus, inesse jurisdictionẽ territorio passivè & materialiter; formaliter verò in Magistratu, quia eodem jure nemo habet jurisdictionẽ nisi Magistratus.

Subjectũ jurisd.

Magis tamen in dubio) Ita asserunt Doctores communiter, potiùs inhærere jurisdictionem territorio, quàm personæ, per textus allegatos, & quod persona saltim exercitium jurisdictionis habere intelligatur. Verùm cùm hodiè jurisdictio utroque modo se habere possit, hoc est, vel personæ tantùm inhærere (undè quædam personalis vocatur) vel territorio (unde alia realis dicitur, vid. *not. s. ad n. 8. sub fin.*) hæc Authoris sententia vix subsistet. Conf. Bach. *in not. h.*

An hodie tantum in territorio.

Materia circa quam) Personæ vel sunt, quæ habent jurisdictionem, vel quibus jus dicitur. De prioribus duæ hic notandæ regulæ. Prima est *in l. 10. h. t.* Qui Jurisdictioni præest, neque sibi jus dicere debet, uxori vel liberis suis, neque libertis, vel cæteris quos secum habet. Secunda in *l. 14. §. 1. eod.* Qui jurisdictioni præest in majorem vel æqualem, jus dicere nequit. Priori obstare videtur *l. 77. d. judic.* ad quam rectè respondet Wesenb. distinguens inter jus dicentem, seu magistratum & judicem datum. Ille enim cum non astringatur formulæ, facilè in sui vel suorum favorem à jure poterat recedere. Hic verò cum ad formulam sit adstrictus, consensuque partium eligatur, non item. Vel responderi potest, non posse aliquem sibi suisque jus dicere, quoties exceptio suspicionis ei opponitur *l. 10. h.* posse autem si non opponatur, non tamen in publicis, sed in privatis, *d. l. 77.* Datus enim in his justè recusari potest, *l. 11. C. de judic.* Si itaque non recusetur ab adversario, certè non est iniquum eum judicare, quam alter cum potuisset rejicere, approbavit *d. l. 11.* Altera regula exceptionem habet *in d. l. 14. §. 1.* si quis major vel æqualis alicujus jurisdictioni se sponte subjecerit. Et hoc quidem quoad jurisdictionem contentiosam extra dubium est. Sed quæritur; *An idem obtineat in jurisdictione voluntaria, puta, cum legis actiones exercentur l. 2. de offic. Præsidis?* Quod affirmandum arbitror, contra Accurs. *in d. l. 14.* (1) per *eand. l. 14. ibi: ut et posset, & adversus eum jus dici.* Ei enim jus dicitur in Jurisdictione voluntaria, *arg. l. 2. de offic. Proconf. junct. l. 2. de offic. præsid.* Adversùs vel in eum jus dicitur in contentiosa: (2) si se subjicere potest alteri, ubi contra eum invitum & nolentem jus redditur; Ergò multò magis ubi non redditur jus, nisi volenti. Nec officit *l. 14. de manumiss. & l. 18. de man. vindict.* Resp. Prætorem non posse apud Prætorem manumittere, nisi (quod subintelligendum) se Prætor collegæ subjecerit, ut probatur *arg. d. l. 14. h. t.* Et si magistratus hoc facere malit apud alium quàm apud se, illa facultas ipsi non est adimenda. Et hæc de iis personis quæ jus dicunt. Illæ quibus jus dicitur, variæ fuerunt ratione variorum magistratuum.

De personis jurisd. habentib. ad l. 10. & l. 14. h.

N. XI. *Sed nec omnia mandari possunt*) Conf. not. supr. *de off. ejus ad n. 3.* Add. Gentil. 2. *de Jurisd. 16. in fin.* Q. *hic de causis status?* Et quanquam Wesenbec. nec has putet mandari posse, per *l. 2. C. de pedan. judic.* tamen rectiùs contrarium asseritur: & quod Jurisdictionis illæ sint, & quod nullibi exceptæ legantur. Nam in opposita *l. 2.* saltem dicitur in iis causis non posse judicem dari, scilicet pedaneum; At non sequitur E. non possunt eæ mandari, tum quod aliud sit date judicem, aliud mandare Jurisdictionem; tum quod mandatarius nihil proprii habeat, & exerceat Jurisdictionem ipsius mandantis, *l. 1. §. 1. in f. de offic. ejus.* Jung. Surholt. *de Jurisd. aphor.* 355. Bach. *ad Tr. h. th. 7. A.* & *in not. h.*

Q. an caus. status poss. mandari aff.

Quan-

An jur. canon imp. Neg.

Quamquam jure Canonum) Verùm longè hæc aliter se habent. (1) Rectior sententia est merum imperium (quia de hoc saltem quæstio & Dd. citan dicunt) nec jure canonico posse mandari, per *c. si pro debilitate, de offic. & pot. jud. deleg. Clement. de hæred. c. 1.* ubi casu necessitatis mandatur, ut in *l. 1. pr. de offic. ejus. & c. quod sedem 10. de offic. jud. ordin.* licet hic diversus sit, novissimè Mæstert. *l. de just. dub. 19. in f.* (2) quod ait Wesenb. moribus nostris omnia ferè hæc jure magistratus competere, & posse mandari, oppido obscurum est, cum illa quibus de supra egit, non fuerint universimodi. Certè (3) actus voluntariæ Jurisdictionis hodie mandari possunt, ut & tutoris datio, aliaque quæ specialiter olim competebant; quia omnis potestas cognoscendi de causis civilibus & privatis, jure consuetudinario competit jure magistratus; at verò merum imperium non item mandari potest, per *not. supr. ad n. 3. tit. de off. ejus.* Conf. Bachov. *in not. h.*

N. XII. *Exercenda*) Sed in tribunali vel de plano jus dicere, pertinet ad formam Jurisdictionis accidentalem. Vid. *not. f. ad n. 1. verb. pro tribunali.*

Unde pedanei) Observanda hic distinctio inter judicem pedaneum & magistratum pedaneum, *de qua ad t. de offic. et. n. 1. in f. dictum.* Apertius autem ejusmodi magistratus probatur per *l. 3. §. 1. ne quis eum qui in jus vocab. l. 1. §. 6. vers. item. de postul.*

Collectæ regular. non sunt jurisdict.

Collectas) Verùm collectæ potius sunt de regalibus quàm Jurisdictionis, (1) *arg. l. un. C. de superin. l. 8. C. de excusat. mun. univ. 2. F. 56.* (2) quod collectarum exactio fit nota, fiatque jure superioritatis, *arg.* R. A. *anno* 1544. §. es sollen auch *de anno* 1551. §. solche der Stände. (3) quia & in investituris Principum mentio fieri solet juris collectandi. Vide Sixtin. *de Regal. lib. 2. c. 14. n. 19. & seqq.* Quamvis fundamentum collectarum sit jurisdictio, quat. illis subservit. *Ernest. Cothm. 1. r. 31. n. 45.* Aliquando tamen etiam ratione *Jurisdictionis civilis & ordinaria*, vermög der Voigteylichen Obrigkeit/ collectæ imponuntur, vel quod illa potestas præscripta, vel singulariter concessa sit. Aliquando est ex conventione & consensu communi civitatis, necessitatis tempore, *d. l. 8.* quia licet jus collectandi sit de Regalibus, tamen non est de Reservatis Principum, ut novissimè contra Bocerum docet & defendit Dn. Casp. Klock. *de contribut. n. 137. & seqq. ad n. 146. & n. 167. & seqq. n. 168. & seqq.* Quo casu tamen requiri superioris consensum, verius est; ne prætextu necessitatis subditi indifferenter graventur, *d. l. 8.* Wintzler. *de collect. obs. 4. n. 4.* D. Carpz. *pr. for. p. 2. c. 6. d. 14. n. 7.*

Q.

Etiamsi Bart. & alii) Q. est, *An is, qui certos actus Jurisdictionis in alterius provincia exercuit & præscripsit, censeatur totam Jurisdictionem præscripsisse?* Affirmant hoc Dd. comm. Sed rectius Wesenbec. dist. vel (1) quis est in generali quasi possessione Jurisdictionis, & tum actus ab alio contra illum celebrati sine dubio præscribuntur (modò actus illi Jurisdictionales sint, legitimi & juridici, non violenti aut clandestini, quibus nulla possessio acquiritur) *arg. l. f. de itin. act. priv. l. f. serv. quemadm. amitt.* attamen qui certos illos actus Jurisdictionis præscripsit (ut v. g. die Obergericht) propterea non acquisivit etiam possessionem in aliis quæ diversi sunt generis, e. g. (des Obergerichts) tum quod odiosa sit præscriptio, & tantum præscriptum quantum possessum, tum quod limitata causa limitatum producat effectum. Hoc tamen casu si quis probet possessionem actuum præscriptorum in ea provincia, is videtur eo ipso etiam probasse & acquisivisse possessionem in reliquis locis & pagis ilius provinciæ, uni eidemque Jurisdictioni subjectis, *arg. l. 3. pr. l. 18. §. rursus. de acqu. poss.* Quamvis enim hoc casu non ab actibus ad actus extendatur possessio & præscriptio, tamen extenditur de persona in personam. Vel (2) præscriptio non est fundata jure communi, utputa, si quis occupet possessionem, alter verò excipiat de spolio, nec tamen possit probare se possedisse; tum enim prior tantum intelligitur præscripsisse quantum cœpit possidere, *per all. c. 1. & 2. de restit. spoliat. in 6.* Exceptis autem his casibus, ut si vel possessio fit vacans, & quis exerceat unum actum Jurisdictionis animo acquirendæ totius Jurisdictionis; vel si quis exerceat voluntate ejus, qui castrum vendidit, unum actum Jurisdictionis, eo ipso etiam acquiritur quasi possessio totius Jurisdictionis, propter voluntatem venditoris, *l. 8. §. f. quemad. serv. amitt.* Vid. Schneid. *ad §. possidere n. 105. & seqq. de interd.* Bocer. *de Jurisd. c. 8. n. 108. & seqq.*

Effectus jurisdict.

N. XIII. *Quod ad effectum*) Effectus Jurisdictionis præcipuus est, (1) jus in re, ad modum servitutis; nam quat. quis in alieno territorio exercet Jurisd. habetur illa alterius respectu: pro q. servitute. (2) Remedia pro illo jure competentia. Cujusmodi sunt vel *Petitoria*, ut actio confessoria & negatoria utilis, *arg. l. 9. §. 2. de damn. inf. l. ult. de arb. cæd.* (quamvis dissentiat Vaudus *lib. 2. q. 27.* indistinctè negans actionem confessoriam & negatoriam ad alia etiam jura præter servitutes pertinere) vel *Possessoria*, ut utile interdictum uti possidetis, *arg. l. 1. uti possid. ubi Accurs. & licet de probat.* Unde vi, Possessorium summarissimum, item remedium *ex redintegranda. 3. q. 1. & c. sæpe de restit. spoliator.* quale hodie per processus mandatorum expeditur. Aliquando etiam datur turbato actio injuriarum: nonnunquam agi potest ex constit. pac. publ. si scilicet armata manu vel publicâ vi alicujus Jurisdictio turbetur, de qua Gail. *d. tr. de pac. publ.*

I. Edict. de albo corrupto l. 7. h.

Nunc quod) Sequuntur nunc tria edicta ad effectum Jurisd. imprimis ad ejus tuitionem & autoritatem spectantia. Namque magistratui maledicens gravius puniendus est quàm privatus, *Arist. in problem. sect. 29.* Hæcque sunt principia horum titulorum. Primum edictum est de *Albo corrupto*, insertum huic tit. *in l. 7. de Jurisd.* Album aliquando significat matriculam *t. s. de alb. scrib.* Hic denotat tabulam dealbatam, in qua Prætor publicè proponebat edicta. Falsus ergo est Theoph. *§. pœnales, de actionib.* dum putat literas in illa fuisse albas.

Quid hic edict. perpetuum.

Jurisdictionis perpetuæ) Obstare videtur (1) quod Prætor non possit perpetuò jus dicere, cum officium saltem habuerit annuum. (3) quod ab Imp. Hadriani ætate omnia edicta facta sint perpetua. Resp. ad (1) ambiguè dici perpetuam Jurisd. & hic perpetuæ Jurisdictionis causâ propositum illud, de quo Prætor constanter & ordinario tempore suæ Jurisdictionis (licet annuo tantum) jus erat dicturus: quod patet ex oppositione ejus Jurisdictionis quæ erat de re prout incidebat *d. l. 7. h. t.* quoque sensu perpetuum edictum est, quod in omnes causas & juris perpetui statuendi causâ propositum est. Et ita accipit Wesenbec. h. Vel etiam potest dici eum Bachov. *in comm. ad l. 7. h. t.* quod perpetuum dicatur edictum, quod populus frequenter ob æquitatem eo jure perpetuo uti soleret. Ad (2) Resp. Bachov. *in d. l. 7.* per edictum Hadriani perpetuum non esse Prætori ademptam facultatem proponendi amplius ejusmodi edicta, quorum *in l. 7.* fit mentio, *l. 1. d. p. l. t. commod.*

Actio de alb. corr. prætoria & quare.

Prætoria) Et quidem propriè, quia ex Jurisd. Prætoris descendit, *§. 3. & 8. de action.* Qualis (1) ratione *introductionis, inventionis vel originis*, quæ scilicet causam efficientem habet Jurisdictionem Prætoris,

totis, non v. jus civile in specie sic dictum, h. e. non legem, plebiscitum, SCtum &c. arg. l. 7. §. 1. de l. & l. (2) ratione extensionis, quando actio per fictionem, vel ex Jurisdictione seu edicto Prætoris ad hunc vel illum casum extenditur. Neque officit hic d. l. 1. pr. commod. l. 1. §. 1. depos. ubi actio depositi & commodati proponuntur edicto Prætoris. Resp. enim approbatione actionis non fieri actionem Prætoriam, quia Prætor omnes & approbabat & ex edicto dabat illarum formulam, atque aliàs omnes actiones essent dicendæ Prætoriæ. Rarum erat, quia jus civile (quippe à Majestate proveniens) etiam approbatione poterat actiones suas facere: unde actiones civiles dicuntur non modò quæ introductæ & inventæ à Romanis, sed & quæ ab iisdem approbatæ & receptæ: at idem non poterat facere Prætor (nudus magistratus & Majestatis vicarius) unde invenitur aut extensione tum faciebat actiones Prætorias (quæ tamen ut & ipsa edicta principalem caussam habebant tacitum populi consensum arg. §. 7. de j. n. g. & c.) non approbatione.

In factum. *In factum*) Actio in factum dicitur ferè tripliciter, ut explicabimus infr. n. 2. ad verb. quæ sunt in factum, de æstim. act. Hic est illa quæ à Prætore datur, unde etiam aliàs dicitur actio in factum Prætoria, quod fit ex Prætoris edicto, cui opponitur actio civilis vel conditio ex lege.

Directa. *Directa*) Directa actio iisdem variè dicitur, ut notabimus infr. verb. directa. de hæred. petit. & ad n. 1. verb. directa & verb. utilis. de act. empt. & vend. Hic & utilis. quæ expressis legis vel edicti verbis datur: utilis quæ ex sententia & mente legis per interpretationem extensivam, æquitate ita suadente, descendit. Et hoc sensu non modò civilis sed & Prætoria, directa & utilis vocatur, arg. l. 14. §. 1. de serv. corrupt. Actio itaque hic in factum Prætoria rectè dicitur olim directa nuncupata, quia secundùm verba (quæ directam actionem denominant) de albo Prætoris erat concepta, quale hodie amplius non habeamus.

Popularis. *Cuilibet*) Est itaque popularis actio (1) quia jus publicum tuetur, Jurisdictionem scilicet (2) quod cuilibet de populo concedatur, arg. l. 1. de popul. action.

Ex dolo. *Ut præsumatur ex facto*) Neque officit quod dolus non præsumatur, quia hoc verum in actibus licitis, non verò illicitis, quæ facta, eodem modo facta præsumuntur, quo aliàs existere solent, arg. all. l. 7. C. de injur.

Quid ab hoc excusset. *Nisi error*) Ratio est, quia quælibet causa, etiam bestialis (ut ajunt) b. e. bestiæ magis quàm homini contentanea, à dolo (quem edictum in l. 7. h. requirit) excusat. E. & error, ignorantia, rusticitas, quæ culpis ferè annumerantur. At quod dicitur excusare rusticitatem in l. 7. §. 4. h. ei refragari videtur, l. 2. C. de in jus voc. Resp. dist. inter edictum de in jus voc. & de alb. corrupto. In illo non excusat rusticitas, quia nemo sec. naturæ jus nescit majoribus deberi reverentiam; in hoc excusat, quia multi nescire possunt quid contineat scriptum publicè propositum.

Pœna. *500. Aureorum.*) l. 7. pr. inf. h. t. Sed obstan. videtur l. 24. de in jus voc. Resp. edictum de in jus voc. est de injuria privata, ergo & minorem pœnam habet: hoc autem edictum de injuria publica unde & major ejus pœna esse debet. Conf. Bach. in d. l. 7. §. 4. h. t.

Applicanda actori. *Applicandam petitori*) Non constat sibi Wesenb. dum priori sententiâ rejectâ, ultimo statuit pœnam inter fiscum & actorem dividendam. Etenim verior sententia est communis, quod in popularibus actionibus pœna regulariter actori sit applicanda, per l. f. de leg. l. 3. pr. de sepulc. viol. Nec officit (1) d. l. 3. §. divus. Est enim de actione de sepulchro violato criminaliter intentatâ. Nec (2) l. 25. §. f. ad Sen. Syllan. ubi pœna dividitur. Nam hoc specialiter & jure singulari ibi constitutum. Neque (3) l. fin. ne term. mot. ubi tota fisco tribuitur. Nam loquitur de casu quo hæc actio criminaliter instituta. sec. §. 10. de injur. arg. l. f. eod. l. f. de furt. Conf. Gœdd. ad l. 12. de V. S. Bach. ad Tr. h. th. 9. B.

Affinia alia l. remedia. *Aut in subsidium*) Recenset hic A. remedia affinia huic actioni in factum, ut sunt actio in factum subsidiaria, & imploratio officii judicis, extra ordinem concessa. Cæterum Regula illa: qui non habet in ære, luat in corpore, non habet locum in contractibus sed in delictis. Vid. Bach. in comm. ad l. 7. §. 1. & 2. h. t.

it. Regalia *Regalia*) Rectè ait affinia Jurisdictioni esse Regalia: quamvis enim hodie jus superioritatis etiam veniat nomine Jurisdictionis territorialis: tamen accuratè loquendo eadem differt ab ipsis Regalibus. Vid. D. Caspar. Klock. loc. supr. cit. ad n. 12. verbo collectis. h. t.

Quomodo finiatur jurisd. N. XIV. *Finitur*) De hoc videri potest latiss. Paurm. de jurisd. p. mihi 297. & seqq. Hic (1) malè loquitur Wesenb. ordinariam non finiri morte mandantis, pro dantis. Mandare enim Jurisdictionem dicitur magistratus, l. 5. h. t. dare vero Majestas. Sententia tamen A. vera est, & mortuo dante redit Jurisdictio ad Superiorem: at solvitur morte mandatarii, l. 6. eod. (2) per solum non usum videtur non amitti Non utendo. Jurisdictio, sed simul alter præscribat: indeque hæc verba: non utendo ac præscriptione h. conjunctim accipienda, ut unus non utatur, alter verò præscribendo acquirat. Qua ratione & Bachov. h. illa conjunctim requirit. Verùm quamquis id ita se habeat ubi adest, qui contra non utentem præscribit, adeo, ut hoc casu acquiratur Jurisdictio privanve, non cumulanvè, daß der jenige wieder den die Verjährung angezogen wird / von der Gerichtbarkeit nichts behält. Vid. Treutl. d. l. th. ult. lit. B. & ibidem. Bach. Matth. Steph. de jurisd. lib. 1. c. 29. n. 20. n. 21. Aliu tamen sensu potest dici, etiam per non usum solum amitti Jurisdictionem, scilicet si magistratus non utatur Jurisdictione cum possit & debeat; tum enim amittitur Jurisdictio propter Justitiam denegatam, wegen versagter oder übel administrirter Justitz: vel etiam ob non exercitium merum imperium atque inquisitionem, Audt. Gail. 1. obs. 28. n. 1. (3) verba: supremi Principis potestate excepta, referenda sunt ad præscriptionem, de qua ante dixerat A. ut sensus sit, Jurisdictioni quidem & imperio Principis præscribi posse tempore immemoriali, sed non Principis potestati, quæ æterna & salva manet, c. alleg. cum non liceat. de præscript. c. cum contingat. de for. compet. c. irrefragabili. de offic. jud. ordin. quamvis de facto contrarium invaluerit. Vid. Gail. 1. obs. 21. (4) Jurisdictionem posse præscriptione acquiri, non simpliciter est res meræ facultatis: nisi fortè illo sensu, quem intelligit Wesenb. quatenus altero non utente sua Jurisdictione, eo ipso alter non præscribit vel exercet actus Jurisdictionis, cùm in hujus potestate sit illud facere vel non.

Quomodo prorog. jurisd. in pœnitentia fin. *Etiam pœnitentia*) Q. An Jurisdictio prorogata pœnitentia finiatur? Et Wesenb. si rectè inspiciatur dist. utrum promissione facta de adeundo judicem aliquo non competentem, judex sit, aditus vel non. Illo casu putat non posse ita finiri, quod res non amplius sit integra, ob actum judicialem qui intervenit. Dicitur autem aditus judex quoad expressam prorogationem (quæ fortè stipulatione fit) sim-

fit) simplici aditione facta, *l.* 18. *h. t.* quoad tacitam verò si lis sit contestata, nam eousque semper potest opponi exceptio fori declinatoria, *arg. l f. C. de except.* Altero casu per pœnitentiam finiri potest hæc prorogata Jurisdictio, *d. l.* 18. *h.* Nec obstat (1) *l.* 27. *de recept. qui arbitr. recep.* Ad quam rectè resp. A. Etenim oritur quidem ex stipulatione actio, quod interest judicem fuisse aditum, at non oritur actio, qua præcisè quis possit cogi ad judicem illum adeundum, cum subsit tantum obligatio faciendi. Nec (2) *l. pen. C. de pact.* Resp. illam loqui de casu, quando quis promisit se velle uti exceptione incompetentiæ, quod licitè fit: at hic quæstio est, an quis coram judice non competente ex promissione sua teneatur vel possit renunciare. Denique non contrariatur, quod Jurisdictio prorogata consensu expresso antequam aditus sit judex, nulla sit, *l.* 18. *h.* ergo malè dicatur à Wesenb. *h.* finiri antequam judex sit aditus: cum quod non est, non possit finiri. Resp. enim *d. l.* 18. loqui præcipuè de prorogata Jurisdictione quæ expresso fit consensu: hæc autem subtiliter, quoad actum primum Autori dicitur subsistere quàmprimùm partes de ea convenerunt (quia est exinde effectus, scilicet actio ad adeundum, quæ ex conventione oritur; nam nolenti adire judicem conventum, opponi potest pacti exceptio: in paciscendo jurisdictionem prorogasti: *confer notata s. h. t. n. 9. ad verb. consentire.* Effectus autem causam arguit) unde etiam rectè dicitur finiri: quamvis quoad actum secundum, & ut non liceat pœnitere, nulla sit Jurisdictio prorogata, nisi lite vel contestata vel emanata citatione, ceu & in praxi obtinet. Conf. latè Bach. *in comm. h. t. c. de Jurisd. prorog. n.* 10. & *præcipuè n.* 12. *vers. itaque ergo.*

TITULUS II.

Quod quisque Juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

ET quidem hactenus de jurisdictione. Qui verò non modò in suscipiendæ dignitatis auspiciis perpetua, sed in singulas quoque causas singularia Edicta magistratus, puta Prætores, sæpè proponebant, impartiebantur judicia, dabant actiones, præscribebantque dato Judici, quid is, qui haberet necesse: ideo priusquam in tractationem judiciorum progrederentur, visum fuit juris compositoribus, hoc præmisso edicto, & Judicem, & litigatores admonere, ne vel ille concedere, vel hi petere jus judiciúmve aliquod iniquum, injustumque, audeant: cæteroquin cogendos, ut jure, quod in alios statuerint, aut obtinuerint, postea quandocunque usus venerit, utantur: quæ est justissima impetrandorum, & constituendorum judiciorum regula atque norma.

1. Quare de hoc edicto hic agatur?

Hoc Edictum, quod & Ciceronis ætate in usu fuisse videtur, *Cic. epist.* 5. *ad Quint. frat.* summam habet sine justa cujusquam indignatione æquitatem. Quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici effecit? *l.* 1 *h. t.* aut quis justissimam illam, & a natura profectam, *Cicer. de Invent. lib.* 2. *c.* 5. & 12. talionis legem, deprecari justè potest? cum hæc ἀναλογία retineat civitates. *Arist. πολιτ. l.* 2. & 5 *de morib. cap.* 8. & (ut est apud Euridem *in Phœnissa*, amicos amicis, urbes urbibus, summos denique cum infimis, sine cujusquam querela pari jure conjungat, societque, τὸ γὰρ ἴσον νόμιμον ἀνθρώποις ut dicitur. Verba edicti hæc sunt: QUI MAGISTRATUM (in ipsa urbe) POTESTATEMVE (in provinciis: nam id verbi ad Magistratus provinciales potissimum refertur, *l. enim qui,* 13. *supr. tit.* 1. HABEBIT, SI QUID IN ALIQUEM NOVI, (novitas enim suspecta est, & hic jus iniquum significat: nam magistratus usitatum jus reddere debet, *l.* 4. *l. si in aliquam,* 7 *de offic. Procons. l.* 1. *C. quæ sit long. consu. l.* 1. *C. de servit. cum simil.* Cicer. 3 in Ver. Nova jura, nova decreta, nova judicia postulabantur.) JURIS STATUERIT (quod cum effectu accipitur, & consummatam, non cœptam injuriam denotat, *l.* 1. *§ si is qui, de ext. act.* jus enim id significat, quod vim jubendi habet, & necessitatem obediendi imponit, quare cum verba Edictorum propriè accipienda sint, jus statutum illud meritò intelligitur, quod non inceptione aliqua, aut extra, supra ve jurisdictionem, sed perfectione, & cum necessitate parendi statutum est, (IPSE QUANDOQUE) scilicet cum abierit magistratu: nam quoad eum gerit, in jus vocari non potest, *l.* 2. *de in jus vocan.*) ADVERSARIO POSTULANTE (non modo illo, qui læsus est, sed omni qui quandoque experitur, *l.* 3. *§... in fin.* cum popularis quodammodo sit hujus pœnæ exactio, ut reliquæ ad tuendam jurisdictionem proditæ: *l.* 7. *sup. de jurisdict.*) EODEM JURE UTI DEBET, *d. l.* 1. *§.* 5. Hoc primum est edicti caput, quo Judex pari legem cogitur, quam ipse tulit, quæ etsi per se iniqua sit, tamen in eo est æqua, qui illam in altero æquam esse judicavit. Verbi gratia, si non admissa præscriptionis exceptione possessorem aut debitorem condemnavit, eadem illi convento præscriptio non debebit opitulari, nisi sine ipsius fraude per assessors impertiam, jus aliter dictum sit, quam oportuit, *l.* 2 *hoc tit.* Assessores enim Jurisconsulti præstare scientiam debent, quam profitentur, non præsides provinciarum: qui plerunque, ut est apud Lamprid. in Alex. homines erant militares, nec ob scientiam, sed virtutem, dignitatem, fortitudinem, authoritatem, &c. potestate ornabantur. Primum ergo caput coercet dolum, aut latam culpam, quæ pro dolo sit judicis iniquum decernentis, etiamsi nullus postulaverit.

2. Edicti æquitas, verba & explicatio.

SI QUIS APUD EUM, QUI MAGISTRATUM POTESTATEMQUE HABEBIT, ALIQUID NOVI JURIS OBTINUERIT, QUANDOQUE POSTEA ADVERSARIO EJUS POSTULANTE, EODEM JURE ADVERSUS EUM DECERNETUR: SCILICET UT QUOD IPSE IN ALTERIUS PERSONA ÆQUUM ESSE CREDIDISSET, ID IN IPSIUS QUOQUE PERSONA VALERE PATIATUR, *d. l.* 1 *ver. si quis.* Sciendum autem est, hoc edictum in justis petitionibus & impetrationibus oppositum, & earum coercendarum causa propositum esse. Quare etiamsi quis jure judiciove iniquè impetrato non utatur, nihilominus huic edicto locus erit: *l.* 3. *in princ. h. t.* est enim delictum consummatum, quod edictum coercere voluit: videlic. petitio & impetratio, ne quæ de delicto imperfecto hic disputari solent, nihil advertentur, *vide Bal. Sal. & Dd. in l. si quis non dicam rapere,* 5. *C. de episc. & cleri l. qui falsum.* 19. *de fal. l.* 1 *de extr. cri. l. qui ea,* 67. *de furt.* Hoc edictum & fidejussori nocet: *d. l.* 3 *§ fi. u.,* 3 & eum etiam coercet, qui, quod iniquè impetratum est, mandavit, aut habuit ratum, *d. l.* 3. *§* 1. Quare si is, pro quo spopondisti, impetravit purum judicium a prætore, ne aliquis debitor ipsius adversus eum exceptione justa, quæ ei competebat, utatur: deinde tu in negocio, in quo spopondisti (nam in alia separata causa factum alterius tibi nocere non debet) velis exceptione uti: nec te, fidejussorem scil. (ne te excipiente principalis debitor à pœna hujus edicti per se liberetur) nec ipsum principalem debitorem, hoc a magistratu oportebit impetrare, ut judicem formulam sub exceptione concipiat: sed dabitis purum sine exceptione judicium, ut par pari referatur: etsi interdum patiatur injuriam, hoc est, damnum, *l.* 5. *§.* 1 *ad l. Aqu.*

l. Aqu. si solvendo debitor non sit, *l. 3 § si is, pro quo 3. h. t.* Ejus enim inopia actionem tibi reddit inanem, *l. 6. de dol. mal.* quam ex mandato ut fidejussor, contra principalem hoc nomine habes, *l. 6. §. 1. l. 18 mand.* Hæc pœna quanquam non in patrem, *l. 3. §. 4. hoc tit.* in hæredes tamen transit, *l. 3 § quod autem. 5.* Nam etsi pœnalia judicia non transeunt sua natura in hæredem, nisi lite contestata. *l. in honorarus, 35. de aſt.* § 1. *inst. de perp. & temp.* tamen sicuti actiones civiles, earumque interpretationes in hæredes derivantur, *l. ex deposit. 12. l. ex contract. ibid. 49. de actio.* & ab his incipiunt *tot. titul. C. ut act. ab hared.* ita & illarum denegationes in hæredes transeunt: quod non tam pœna, quam æqualis juris distributio esse videtur. Etenim & reliquæ contractuum obligationes atque actiones in hæredes transeunt, quamvis ex delicto fluant, in contrahendo aliqua commissa, *d. l. ex deposit. 12. l. ex contractibus, 49. de actio. & obligatio.* atqui quasi contrahunt in judiciis, qui vel malè decernunt, *in princip. instit. de obligat. ex quasi del.* vel agunt: *l. 3 §. idem, 8 de pecul.* ut non mirum sit, hoc nomine eorum quoque hæredes teneri. Nec verò iniquum est, cùm utilitas impetrati novi juris ad hæredem manet, in eundem damnum quoque derivari. Quid quod hæc extorsio non tantùm actionis, sed exceptionis via proponatur? *Bald. Albert. & Dd. l. 3. § hac pœna, hoc titul. & Ias. eadem, l. 3 § quod autem, num 10.* quod genus etiam non contestatâ lite in hæredes vel ex delicto transire solet, *Ias. ibid. num. 39. per leg. si eum, § qui injuriam. Si quis caut.* Procurator in rem suam hoc edicto tenetur, in rem alienam non item, *l. 3. §. 1. h. tit.* quia nihil ejus commodo cedit, nec sibi impetravit. Tutor & curator tenentur: quia fraus ipsorum ipsis, non iis, quorum res administrant, fraudi esse debet, *d. l. 1 § 1.* Sed nec qui statuit, aut usurpat jus novum, ex hoc edicto pœna tenetur, dum edictum defendere studet, *l. ultim. hoc tit.* Quod enim fit lege permittente, pœnam non meretur, *l. 4. C. de adulter.* nec beneficium Prætoris cuipiam damnosum esse debet, *l. 1. h. t.* Neque verò etiam hoc casu jus novum, hoc est, iniquum est illius respectu, in quem statuitur: quoniam is idem antea in altero æquum putavit aut decernendo, aut postulando, *l. Paul. 8 de prætor. stipul.* Sed & qui solvit, omissa hujus edicti exceptione, quam fortè competere ignoravit, ex hac causa, prætextuque edicti, cujus jure nunc uti velit, non repetit: *l. 3 § ult. h. t.* quia naturaliter debitum solvit.

3. *Causa.* Causa hujus edicti naturalis ex lege divina, *in 1. dist. 1 cap. justum, dist. 9. c. cum illorum, de præben.* Materia latissimè patet. Nam & qui instrumento utitur, debet pati, ut idem contra se valeat. *l. penult. Auth. ad hac. C. de fid. inst.* idemque in testibus, *l. si quis testib. 13. C. de test.* libello, *Panorm. in c. examinata, nu. 3. 4. de judic.* præscriptionibus, *Ias. Auth. quas actiones, num 16 C de sacr. Eccles.* & jure Sax. in suppellectilem, quam geradam vocant, *Consti. 38. parte 3. art. 9. Land. lib. 1. in gloss.* Sed præcipuè obtinet in criminationibus, *Exod. 21. 24.* & pœnis, *l. si quis, 7. C. de vi pub. l. ult. C. de calu. l. ult. C. de accusl. l. 3. vers. quod fecit, expellet, C. de episcop. aud. l. 1. 2. C. quand. lic. unic.* & aliis innumerabilibus, *cap. 1. in fin. de cons. rer. feud. ubi regula hujus edicti pro ratione ponitur, l. 2. C. si nup. ex rescript. c. omnes, 6 de constit.* etiam rescriptis, *Mynsing. observ. 4. centur. 3.* cujusmodi diligentiæ studiosorum colligenda relinquo.

OBSERVATA.

II. Ed. pro jurisdict.

N. I. *Et judicem & litigatores*) Sequitur II. Edict. ad dignitatem & autoritatem jus dicentis spectans, *quod quisque juris &c.* cujus fundamentum est *par pari referendum. 5. Ethic. 8.* modò licet extraordinario. Et duo habet capita, primum de magistratu iniquum jus statuente: alterum de parte litigante jus iniquum impetrante. Ergo si magistratus, e. g. concedat debitori alicui immunitatem, ne in perpetuum vel ad tempus conveniatur à creditoribus suis, aut si debitor ipse talem exceptionem impetraverit, uterque tenetur eodem jure uti, si debitores v. c. magistratus contra quos hocce jus antea impetratum, in judicio conventi id postulabunt.

N. II. *Potestatemve*) Datur hoc edictum in omnes magistratus qui Jurisdictionem habent, sive jure ordinario sive jure delegationis: urbanos, provinciales, & municipales seu inferiores. Hodie contra omnes magistratus qui regendæ reip. præsunt. Non tamen adversus singulas personas populi, cujus magistratus iniquum jus statuit, sed adversus ipsius magistratus personam, *arg. l. 10. §. 4. de in jus voc.* nisi populus consenserit, *arg. l. 3. §. 1. h.* Castr. *in l. 1. eod.* Vid. Oldend. *1. class. 1. n. 4. vers. adversus & seqq.*

Quomodo jus statutum dicatur jus novum.

Quod non exceptione) Non obtinet actio ex edicto si jus novum ex effectu non sit statutum: (1) si saltem inceptum sit jus novum, ut si magistratus prohibitus sit ne promulgaret, vel promulgatum quidem sit, sed non receptum: (2) si jus extra suprave Jurisdictionem statutum, vel aliàs ipso jure nulla sit judicis pronunciatio. His enim casibus nihil obest conatus, cum injuria nullum habuerit effectum. Et hæc pertinent ad explicationem *l. 1. §. 2. h. t.*

Qualis hic actio: datur contra magistratum.

Nisi sine ipsius fraude) Datur ex hac prima parte actio personalis in factum Prætoria illi, qui læsus est à magistratu novum jus statuente, vel alii cuicunque experturo adversus illum magistratum ut idem jus sibi dici patiatur. Personalis est, quia ex facto turpi, quod hic dicitur *novum jus statuere.* Nec tamen competit nisi ex dolo *l. 2. h.* aut lata culpa quæ in delictis minoribus corporis inflictivam pœnam non habentibus dolo comparatur, *arg. l. 1. §. 2. si is qui testam. lib. esse juss.*)

Exceptio si assessor jus dixit.

Exceptio itaque est, si magistratus ejusmodi jus dixit ex consilio Assessoris *l. 2. h.* tum quia quælibet probabilis causa à dolo excusat; tum quod magistratus, ut olim, ita & hodie plerumque sint illiterati, & per Syndicos suos vel Secretarios jus dicant; tum verò quod Assessores juris scientiam profiteantur. Verùm quæritur hîc, *an assessor non tantùm si dolo, sed etiam si imperitiâ jus novum suggesserit, ex hoc edicto teneatur?*

Qui tunc ex edicto tenetur & ob imperitiam.

Et rectè hoc affirmat Wesenb. *supr. tit. de offic. assess.* (1) per *l. 2. h. t.* Si enim magistratus motu suo jus dixit, meritò hoc nocet ipsi magistratui; si verò per assessorem, tum ipsi assessori. (2) quia peritiam profitetur, *arg. l. 1. C. de assessor.* Sed licet Magistratus hoc casu non teneatur ex hoc edicto, tamen litem suam facit, & ex quasi delicto conveniri potest. *arg. pr. I. de oblig. quæ ex qu. de l. oriunt.* Dissentit à priori sententia Donell. *l. 18. c. 2.* (1) quod edictum de magistratibus agat, (2) quod saltem de dolo. Resp. ad (1) Bach. *in l. 2. h.* assessorem quodammodo esse partem magistratus: sc. quia statuisse quoque jus novum videtur, qui id suggessit, & ut statueretur effecit. Ad (2) Resp. edictum continere dolum & latam culpam: in assessore autem imperitia pro lata culpa est; quippe si scientiam juris profitens ea ignoret, quæ sciunt, scireve debent omnes, ejus rei periti, tum is culpæ latæ reus existit seu dolo proximæ. Conf. & alia apud Bach. *in d. l. 2.*

Differt inter 1. & 2. partem edicti.

De delicto imperfecto) Differt in hoc pars prima ab hac secunda. Et rectè distinguit Oldendorp. *d. class. 1. art. 1.* inter magistratum & privatum. In illo dicitur delictum consummatum, si statuerit: In hoc, si impetraverit.

Expl. l. 3. §. 3. h.

Pro quo spopondisti) Est hic casus *l. 3. §. 3. h. t.* ubi (1) notandum, quid hic velit Wesenb. per purum judicium. (2) ipsa casus figuratio. Purum judicium est, quando dabatur formula agendi à Prætore, vel planè non adjecta exceptione. (ut: si apparet Seium Titio centum ex mutuo debere, condemna) vel etiam eo expressè addito, ut nulla exceptio admitteretur. Contra, non purum dicebatur judicium, cum exceptio formulæ inserebatur, ut judex etiam exceptionis rationem haberet. ut: si apparet Seium Titio centum debere exempto, si is pactus non sit ne eam pecuniam peteret, condemna. Casus autem *d. l. 3.* subobscurus hic est: Seius à Titio v. c. ex mutuo centum accepit, & fidejussorem dedit Mævium; idem Seius cum conveniret, in judicio suos debitores, à Prætore impetravit purum judicium, ut ne quispiam aliquâ

Ut fidejussor ex ed. teneatur.

uteretur

uteretur exceptione, sed ut sine omni exceptione cogeretur solvere. Postea contra Mævium ex stipulatu fidejussorio nomine agit Titius, & non potest Mævius fidejussor uti exceptione quam fortè habet, aut eam formulam sibi dari in judicio petere: Quia si ille uteretur exceptione, tum Seius non idem jus pateretur. Nec uti potest debitor principalis; par pari enim est referendum. Hoc autem casu aliquando contingit, fidejussorem interdum pati damnum, si scilicet coactus ille fuit solvere sine exceptione, & debitor non est solvendo: tunc enim (licet habeat actione mandati contrariâ regressum & actionem adversus debitorem pro quo solvit) ob inopiam illius solutum non potest repetere, & actio mandati inanis redditur. At tamen fit hoc ex accidenti, & exinde, quod una sit debitoris principalis & fidejussoris obligatio: ideoque in arbitrio creditoris, quem convenire voluerit. Indeque est regula juris illa: *Factum rei nocet fidejussori.* Conf. Gloss. & Bach. *in d.* §. 3. *h. t.*

Non verò patri.

Non in patrem) Si enim filius novum jus statuerit, & postea pater suos debitores conveniat, non cogetur is uti jure quod filius impetraverat, subest enim hic factum simile delicto, in quo pater & filius pro una & eadem persona non habentur, *arg. l. sancimus C. de pæn.*

Transit hæc actio in hæredes.

In hæredes tamen) Obstare videtur hoc argumentum: Pœnalia judicia non transeunt ad hæredes, *l. 35. de O. & A.* At judicium hoc est pœnale, *l. 3. §. 5. h. t. E.* Resp. Wesenbec. tripliciter (1) Ad majorem distinguendo inter actiones pœnales, & denegationes actionum. Illæ in hæredes non transeunt, de quibus *d. l. 35.* At denegationes actionum transmittuntur eadem ratione, qua ipsarum actionum impetrationes, *all. textibus.* Ratio est, quia eo ipso dum à Magistratu novum jus statuitur vel à privato impetratur, actiones competentes quodammodo (ut ait Bachov. *in d. §. 5.*) *afficiuntur & qualitatem accipiunt*, cum qua transeunt in hæredem. Et obtinent ejusmodi denegationes etiam in aliis articulis, *arg. l. 26. §. 6. l. 4. ex quib. caus. maj.* (2) Ad minorem; dum negat pœnam esse quod quis idem jus sustineat, unde Jurisconsultus vocabulo pœnæ *in d. §. 5.* abutatur: (3) ad majorem; quod illa loquatur tantùm de actionibus, retorsio autem hæc novi juris possit etiam proponi per exceptionem: quæ ad hæredem transit, lite etiam non contestatâ. Ex his responsionibus prima saltem stringit & secunda.

Nocet procuratori in rem suam & tutoribus.

Procurator in rem suam) i. e. Cessionarius; sive mandatum habeat ut tale jus impetret, sive non *arg. d. l. 3. §. 1. in fin. h.* Idem est in tutore vel curatore. (1) Quia non potest dici illos ex mandato agere. (2) Nec eò sunt constituti ut jus iniquum impetrent. (3) quod favor pupilli non admittat, ut his factum ejusmodi noceat. Contra in rem alienam procurator mandatum habens tale jus impetrandi, vel domino ratum habente, hoc edicto non tenetur, sed dominus ipse *d. §. 1.* Mandato verò & rati habitione deficiente, nulli nocet impetratio.

Non verò procuratori simplici.

Jus novum non est in eo qui exsequitur.

Sed nec qui statuit aut usurpat) Hoc enim vult sibi ultima edicti clausula. Unde si alius magistratus, vel idem causâ cognita pronunciet, actorem debere uti eodem jure iniquo, non cadunt in pœnam hujus edicti: qui enim exequitur pœnam juris, non admittit illud delictum quod lex punit. Imo defendit magis jus, edictum exsequendo quam quod jus novum decernat. Oldendorp. *d. art. 1. in excepti. n. 1.* Adnotat autem ad hanc *l. ult.* rectè Bachov. *contra retorquentem non dari retorsionem*, seu, *retorsionis non esse retorsionem.* Insuper notari posset, hinc argumentum sumi posse probandæ etiam retorsionis injuriarum, de quo *ad tit. de injur.* Ut enim statuere aut impetrare jus novum est illicitum: ita convitium dicere alicui illicitum est: At uti non peccat Magistratus, qui contra eum qui ante statuerat jus novum, contra aliud statuit, aut privatus qui contra eum, qui tale jam ante impetraverat, nunc iterum illud usurpat (licet ille non alio remedio quam novi juris constitutione aut impetratione utatur:) Ita etiam, qui altero convitium dicenti statim per convitium retorquet, injuriam non committit. Ratio in utroque est, (1) quia retorquens jure permittente hoc facit, & licet per convitium respondeat, tamen hoc in eo convitium non est: Sicut nec in Magistratu exequente jus novum contra eum qui ante id statuerat, hoc jus novum est, sed æqualis juris distributio, & quasi talio: (2) quod res aliàs in infinitum abiret: Si ergo retorsionis non datur retorsio, sequitur quod detur tamen atque licita sit ipsa retorsio.

Ergo non est retorsionis retorsio. Fundam. retorsionis injuriarum.

Ratio edicti in talione.

N. III. *Materia latissimè*) Ratio enim hujus edicti est, quod quis in alterius persona, vel in hac vel in illa re pro se æquum esse credidit, ut in sua ipsius quoque persona, vel in hac, vel in illa re idem contra se valere patiatur, *arg. l. 1. pr. h. t.* seu, ut par pari referatur, jure talionis secundùm proportionem, modo quamvis extraordinario: vid. Arist. 5. *Eth.* 8. Hæc autem ratio ad multa extendi potest, & quod ita fit, dicitur æqualiter fieri per retorsionem: unde etiam decantatum illud *jus retorsionis*, quod, ceu species defensionis, summâ nititur æquitate, iniquitatis corrigendæ seu inæqualitatis ad paritatem reducendæ gratiâ inventum.

Unde jus retorsionis.

Obtinet hodie ex prima edicti parte, ubi magistratus jus novum fecit, vel per *sententiam*, vel per *statutum*. Jas. *in l. 1. h.* Castr. *in l. 1. n. 4. eod.* Ex altera non modò cum unus jus iniquum dolo impetravit, sed & in genere, ubi civitas jure novo utitur (civibus suis ideoque facilè impetrandum) modò id contra aliam antea usurpaverit. Jus autem novum nunc est quodcunque statutum contra jus commune Cæsareum, h. e. contra civile, feud. canon. ut recepta sunt, contra Recessus imperii & consuetudines universales. Vid. Dec. *in l. 1. h. t.* Pinguitz. *q. 22. n. 6.* Et argumentum præbet die Erklär. des Fürstl. Br. Lüneb. Müntzedict. und wegen des juris retorsionis, de dato Zell anno 1634. d. 18. Januar. verb. daß alle die Ohrter da der Reichsch. contra leges imperii zu hohen anschlag gesetzet/ꝛc. add. Fr. Br. Lün. Landtags Abschied de anno 1624. den 2. Julii.

Edicti praxis hodierna.

Quid nunc jus novum.

Libello) Qui libello utitur pro se, pati debet ut & in aliis capitulis contra se valeat. Sed hoc verum est, nisi producens, ut fieri plerumque solet, protestetur de superfluo.

Exempla praxis hodiernæ.

In Criminat.) Videtur intelligere injurias, *arg. text. cit. Exod. 21. 24.* qui tamen agit de injuria reali. Aliud est in verbali, in quali cita retorsio, nec fit ita recriminatio, *arg. c. veniens. de jurej.* Bocer. 4. *d. 1. th. 30. Conf. supr. p. 124.* Cæterοquin in criminalibus non obtinet edictum quoad effectum pœnas retorquendi; & quod jur. vet. magistratus, qua talis, merum imperium non habebat; & quod aliàs vel nulla vel injusta sæpe fieret sontium punitio. Vid. Oldendorp. *d. act. 1. n. 2. ad fin.* Proinde *l. 7. de in p. & p.* & reliquæ leges Autorum huc non pertinent, quibus agitur de jure talionis in aliquibus casibus jure communi inducto & usurpando (quo etiam pertinet *art. 11. & 12. const. crim.* Car. V.) non autem quoad vim & modum hujus edicti.

In criminalib.

Etiam rescriptis) Mynf. *cent. 3. obs. 4.* Quomodo jus retorsionis usurpatur inter actorem & reum, ut si actor impetraverit contra reum ut hic in causa civ. judicio ipsemet interesset, neque per procuratorem comparendi

Inter actorem & reum.

parendi licentiam haberet: recte rectè hoc admittit, ita netamen & ipse aliter compareat. Similiter & si ab actori eobtineatur, ut in causâ conventionis, quæ aliàs erat ordinarii fori, summariter procedatur, eidem in reconventione summarium processum ad instantiam rei admittendum esse rectè infert Gl. *in Clem. sæpe de V. S.*

In aliis. Diligentia studiosorum) Sic enim præterea rectè exercetur (1) adversus civit. & ditiones, ex quibus hæredit. legata fideicommi. aut donata mortis causâ absque detractione ohn Abzug/ e.g. deß dritten Pfennings/ transferri non permittitur. Vid. Andr. Rauchb. *2. q. 19.* Jac. Thoming. *dec. 26. n. 6.* qui de hæreditate ex *Bohemia* denegata: Jac. Scult. *q. 6.* qui de hæred. ex *Anglia* collateralibus non transferenda, agit, ideoque jure retorsionis contra illa loca utendo. Simile de *Livonia* aliisque locis *extra imperium. Germ.* insinuat Rescriptum D. Henr. Jul. *ad Cant. Jagemann* anno 1590. 17. Febr. ibi: so sol hiedurch andern unsern Dienern / wesern ihre Erben in dem heiligen Reich sein und bleiben werden / kein eingang gemacht werden. Idem (2) est in dem Heergewette und der Gerade/ h. e. jure rerum expeditoriarum & geradæ. D. Carpz. *l. R. S. p. 3. c. 38. d. 5.* Jung. Rennem. *de retort. thes. 2.* (3) Ubi ex civitate migrare non licet nisi detracta certa parte bonorum. Jacob. Thoming. *d. n. 43.* (4) In Pomerania nullus advena feudum distrahere & pecuniam inde redactam exportare potest, ergo idem jus in locis ubi hoc non obtinet, retorqueri contra Pomeranos statuit Cothm. *1. R. 43. n. 98.* (5) Si quidam mercator (in fraudem creditorum aut culpâ bonis lapsus) inducias moratorias contra suos debitores impetravit; tunc ejusdem debitores iisdem rectè utuntur contra impetrantem. D. Carpz. *d. c. 38. d. 1. n. 17.* Diss. Gulh. Anton. *de resc. morat. c. 9. n. 52.* (6) Si civitas excludat à nundinis alterius civitatis, mercatores, hæc rectè & illos arcet à suis nundinis. Quemodo constitutum In dem Fürstl. Br. Lüneb. Landtags Abschied zu Saltzdalem anno 1587. §. 45. ibi: Und ist demnach von dem Gnädigen Landesfürsten S. F. G. Unterthanen krafft dieses frey gelassen und sie damit privilegiri/ daß die Jenigen/ welche sie ausserhalb S. F. G. Fürstenthumben zu ihren Jahrmarckten nicht gestatten wollen/ innerhalb Fürstenthumbs so wenig in als für den Stätten hiernegst auch nicht geliden/ sondern auff ihr ankommen von den Beambten und Gerichtsherrn hinwiederumb zurück gewiesen/ und die Wahre verschlossen werden sollen. Add. Rescriptum D. Henr. Julii datum hoc nomine ad Senatum Hildes. *anno eod.* 18. *Aug.* (7) Qui sunt in iis locis, quibus justus observatur pecuniæ valor, possunt creditum jure retorsionis, in eo pecuniæ valore restituere, qui in foro creditoris iniquè & contra imperii leges est constitutus. Exemplum est quod in Ducatu Lunæb. permissum, daß wieder alle die Orter da der Reichst. contra leges imperii zu hohem anschlage gesetzt/ die Unterthanen/ so wol in der Stadt Lüneburg als auffm Lande/ im gleichen valore & pretio die Außzahlung thun/ und sich/ also rechtlicher gebühr nach/ des juris retorsionis in diesem pas gebrauchen mögen. *Vid. supra not. p. præced.* Juxta quod consultum anno 1656. m. Martio Collegium nostrum Juridicum respondit cum dubitandi & decidendi rationibus, versus L. (8) In Archiepisc. Magdeburgensi recepta est constitutio Car. V. *de anno* 1521. de prædefunctorum fratrum sororumque liberis eum fratribus & sororibus superstitibus jure repræsentationis admittendis &c. Contra Jure Sax. prædefunctorum liberi excluduntur, Landr. *l. c. art.* 3. Vid. Schneidvv. *l. de hæred. quæ ab int. ord. 3. n. 14.* Idem itaque adversus eos qui in locis ubi jus Saxonicum non observatur, hæreditates petunt, rectè retorquetur. Quomodo pronunciarunt Dn. Antecessores Hal. Sax. anno 607. 19. Aug. Wann gleich in der Stadt Hall das Käys. Recht und dießfalß von Carolo V. zu Nürnberg anno 1512. auffgerichtete Constitutio gelten und üblich seyn solte; das jedoch B. B. (civis Lipsiensis) ein mehrers von Halle nach Leipzig an Erbe nicht abzufordern hab/ als die Hallische von dem Ort/ vermög daselbst üblicher und unzweifflich geltenden Sächsischen Rechte/ auch Churfürstl. Constitutionen/ anhero nach Halle bekommen und erlangen können/ und also das jus retorsionis so weit nicht unbillig sondern zulässig &c. Similes quoque casus quotidie observare licet, in quibus summa est hujus nunc utilitas. Neque verò nunc est prætereundum, quod jure retorsionis uti liceat occasione Constitutionis Imperii editæ *ad §. de indaganda. Instrumenti Pacis* in Archiepiscopatu Magdeburgensi. Ita enim habet Recess. provincialis de anno 1655. d. 11. Februarii: bey diesem Puncte wird auch auff beschehene unterthänigste erinnerung den sämbtlichen Landständen nachgelassen/ in abgebung der Zinssen/ von denen über sich habenden Capitalien / wie es damit in andern benachbahrten Chur - und Fürstenthümern gehalten wird / sich des juris Retorsionis zu gebrauchen.

In Archiep. Magd.

TITULUS III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

1. *Contumatio.*

EST & hic titulus in vestibulo judiciorum positus, ut in ipso ingressu litigatores admoneantur, non ridiculam aut elusoriam existere judiciorum authoritatem, *l. si prætor. 7. §. de jud. l. si quis in quid in loc. publ.* sed omnino morem jussui Judicis gerendum: sciantque ✠ permissum omnibus magistratibus, secundum jus suæ potestatis defendere jurisdictionem suam pœnali judicio, *l. 1. in princ. h. t.* duumviris exceptis: *d. l. 1. h. t.* quia non possunt jubere, possidere, abduci, &c. quæ mixti sunt imperii, *l. in qua 32. ad municipal.* ut contumacia, quam hoc edictum notat, in eorum jurisdictionem non incurrat.

2. *Ad quos magistratus hoc edictum spectat.*

Sunt autem qui putent: hoc judicium ad dictionem mulctæ pertinere, æstimationemque pœnæ, qua contumacia vindicatur, complecti, non verò in litigatoris rem dari, cui si daretur, non dici posset magistratus jurisdictionem suam pœnali judicio defendere, sed ipsum litigatorem se ab injuria tueri, dicendum esset: quem cum aliis, de quibus postea agetur, remediis adversus contumacem adversarium defendi videamus, quorsum pertinuisset, hoc edictum proponere, à cæteris, quæ de damno litigatoris loquuntur, separatum? Deinde quæ ratio esset, quare apud duumviros ejusmodi privata causa tractari, aut ab his intentari non posset, si ad jus Privatorum, & non ad mulctæ dictionem, quæ duumviris non competit. *l. 3. de mod. mulct. l. fin. C. de defension. civitat.* *l. 2. §. fin. de jud. l. magistrat. 12. de jurisdict. superiorum,* pertineret? Jam verò nullam habet rationem, læsâ Judicis authoritate, litigatori exactionem concedi, qui nulla re læsus sit, nec enim in ipsum, sed in magistratum, contumelia ipsæ jurisdictionis, & non admissæ exceptionis (quæ contumaciæ species hoc edicto duntaxat coercetur) redundat: & ut damnum maxime hoc nomine litigator patiatur, tamen satis habet, si illud aliis remediis recuperare queat. Cur ergo ei pœna debeatur, qui injuria affectus non est?

3. *A quo hoc edictum competat litigatori.*

Quid

Quid quod hoc judicium ad id, quod interest, dari negatur *l. 1. in fin.* sed quanti ea res est, hoc est, quanti æstimata sit à Judice contumacia, concluditur? Ea enim clausula: Quanti ea res est, significat rei, de qua agitur, æstimationem, *l. 4 § ; ennult de vi bon. rapt.* Cum igitur hic de contumacia agatur, denotat ea clausula, contumaciæ æstimationem, hoc est, pœnam contumaciæ debitam. Unde neque in hæredem, neque post annum hæc actio, inquit Ulpian. datur: an autem hæredi detur, nullum verbum: quod tamen omissum non fore, credibile est, si hæc actio in rem litigatoris esset. Unde igitur hoc judicium pœnale ab ipso magistratu, cujus violata contempta sit majestas, vel alio quolibet, magistratus tamen nomine, constituit adversus contumaces solum: datis Judicibus, qui pro hominum, rerum ac temporum ratione æstimarent, quanti ea res, hoc est, qua mulcta ejusmodi injuria vindicanda esset: eoque velut actionem injuriarum, *l. si non convenit, 5. C. de injur.* pœnalem & prætoriam, *Inst. de perp. & temp. act.* anno circumscriptam fuisse, idque Bald. & Alex. hi innuunt: *vide Bald. in § fin. n. 3.* quia ea propter volunt, ob spretum Judicis mandatum, post annum agi non posse (etsi in aliis fortè delictis mulctandis secus fuerit, cum pœnæ regulariter viginti tantum annis præscribantur, *l. querela, 12. C. de fals.*) utrumque, hanc esse quandam in factum actionem, ad ea actionem mulctæ Judicibus & procuratori hic propositam, *Cast. hic in fin. vide etiam Alex. in l. divus, de cust. reor.* Etsi autem alioquin magistratibus non liceat de suis caussis cognoscere, *l. qui jurisdictioni, 10 sup. de jurisd.* ut sup. dictum est, tamen cum hoc judicium sit quasi publicum, pertineatque ad conservandam, vindicandamque a contemptu magistratuum dignitatem, existimo permissum fuisse, saltem ut Judices cognituros de contumacia, dare potuerint. Cur enim id minus liceat, quàm mulctam imponere, aut jubere judicare de caussis suspicionis, *l. fin. in fin. cum ibi nota C. de judic. c. suspicionis, 39 de off. deleg.* vel injuria sibi illata, *l. est receptum, 14. sup. de jurisd. Ias. & Dd. in d. l. qui jurisdictioni, 10. hoc tit.* Nec verò dicendum est, hanc caussam propriè ad magistratum pertinere. Nam primò, hoc judicium quasi publicum est & populare, sicuti & reliqua, quæ ad tuendam jurisdictionem pertinent, *l. si quis id quod 7 sup. tit. a de jurisd.* Deinde est judicium de mulcta: mulcta autem non applicatur parti petenti, aut magistratui, sed fisco, *l. 3. C. de mo mulct. gloss. in l. 2. verb. mulcta, si quis in jus voca. non ier.* Nam etiamsi alias in popularibus, ubi dubitatur, cui pœna applicanda sit, ea parti petenti debetur: *Bart. in l. 3. de ver. mot. gloss. & Bartol. ad l. si quis id quod 7. verb. quingentorum, sup. de jurisdict.* tamen aliud est in judicio mulctarum, cum lege expressum sit, eas fisco applicari oportere, *d. l. 5. C. de mod. mulct.* Quare non tam magistratus, quàm fisci caussam hic agi, dicendum est. Aliis magis placet, *Duaren. Disp. lib. 2. c. 30.* hanc actionem privatam esse more reliquarum, separatam a mulctæ dictione, cum contineat pœnam, quæ a mulcta distat, *l. aliud, 131. de verbor. significat.* & quanti ea res est, quæ petita est, quæ abduci jussa concludatur, *d. l. unica, in fin.* Idque probabilius est. Sed quia in non obtemperantes hæc actio prodita est, subjungamus, quisnam videatur non obtemperare.

Is videtur, inquit Ulpian. Judici non obtemperasse, scilicet in hujus edicti argumento, qui, quod extremum in jurisdictione est, non fecit: velut si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam, scilicet moventem, vel ferri eam manum mansuetem, *l. moventium, 93 de verb. signific.* passus est: ab iis videlicet, qui decretum Judicis, rem fortè litigiosam, aut pignus auferri jubentis, exequuntur: hic utique haud quaquam videri potest non obtemperasse. Quemadmodum enim lex obligat aut ad obedientiam, aut ad pœnam: ita & jussus magistratus. unde qui pœnam contumaciæ præstat, pateretque executioni Judicis, non obtemperasse, dici nequit. *Felin. in ca. 3 in fin. versicul. quartus casus, cum ibi alleg. de foro jur. Ias. in l. cum proponas, 21. num. 5. C. de pactis.* imò pro absoluto, & non amplius reo habetur, qui pœnam solvit *l. divus, 7 de jur. patron. Bald. in Authent. sed novo, num. 4. C. de ser. fugit.* Cæterum, si quod in jurisdictione extremum est, quo potestas Judicis pertingere potest, non fecerit, quæque sequuntur Judicis jussum, ut bonorum possessionem decretam, rei ablationem, pignorum capturam, non admiserit, restiteritque executoribus: quia ultimum, quo Judex progredi potest, contemsit, meritò jus dicenti non obtemperasse dicetur.

Quanquam autem hoc edictum in reos scriptum apparet, qui subterfugere ac ludificare judicia solent (unde & fugientes appellant, *l. properandum, 13. 4 & si quidem, C. de jud.*) & jussa magistratus sibi graviter gravatè exequi patiuntur: & tamen petitores aliquando hoc edicto teneri, Labeo ait, *l. unic. § non solum, h. t.* Etenim si peremptorius edicto citatus, non faciat sui copiam, quamvis reus absolvendus est, aut contumaci etiam in posterum actio deneganda, *Auth. qui semel, C. quom. & quand. l. contumacia, 33 de re judic.* tamen quid caussæ est, si aut interfit reipubl. nunc agi: aut si alia ratio exemplum polluiet, quia violatæ suæ authoritatis, spretæque jurisdictionis pœnas ab actore, quia morâ prius fit turpiter destiterit, vocantisque magistratus, atque aliquid fortè præcipientis, exequentisque decretum contemnere sit ausus, hoc edicto prætor expetere possit? aut cur etiam non concedatur J. C. ad casus similes, ubi eadem invenitur ratio, edictum prætoris, quamvis pœnale, prorogare? *l. & ideo, 12. l. nam ut, 13 de legib. junct. l. illud, 32 ad l. Aquil.* Exempli gratia, si actori vendicanti, qui possessionem reo inturbat, Judex præcipiat, ut turbatione desistat, & res pignoraque reo fortè ex fundo, domòve litigiosa ablata restituat: atque is detrectet, resistatque magistratui, pignorum restitutionem exequenti: aut si tutori agenti, ut a tutela excuietur aut liberetur, Judex ex justa caussa præcipiat, ut interea negotia pupilli curet: isque detrectet, & Magistratui, pignoribus capiis coercere instituenti, *l. de administr. tut. in princ. § fin. instit. de satisf. tut.* adversetur, nec patiatur executionem: certè, cùm eadem hic sit contumacia, meritò eadem quæ in reo, castigatio debet obtinere, ne melioris sit conditionis actor quàm reus, *l. non debet, 41. de reg. jur.* Sed & in mutuis petitionibus ac reconventionibus, cum actor pro reo sit, jure coercitioni hujus edicti contumacia ejus adhærebit. Et hæc quidem animadversio hoc edicto ad tuendam jurisdictionem est proposita. Sciendum autem est, & alios complures esse tuendæ jurisdictionis, & exigendæ obedientiæ modos atque vias: ut est captura, arrestatio, incarceratio personæ inobedientis *l. consentaneum, 8. ubi gl. ad verb. cogendum, C. quom. & quan. jud. § si verò etiam, ubi gl. ad verb. omnino de, in Auth. de exh. re. Bar. hic, n. 7.* aut captura pignorum, *d. § fin. inst. de satisd. tut. Koch diff. Sax. 39. Chass. in consuet. Burg. tit. de justit. § 7 vers. simplex, nu. 8* denegatio audientiæ, seu jurisdictionis, *l. sed etsi, 20 § aut prætor, 4. ex qui. caus. major.* missio in bonorum possessionem, *d. l. consentaneum, C. quom. & quan. jud.* sequestratio possessionis, *l. 1. jubet, de coll. bon. c. 1. de prob. seq.* vel fructuum *c. fin. extr. Clem. ne de sequest.* ablatio alicujus rei, donec pareatur: *Ias. in l. quo minus, n. 100. de flum. Chassan. cons. Burg. titul. de justit. § 5 nu. 85 Bald. in Auth. omnino. C. ne uxo. pro mar. Cano. in c. dilectus de appellat.* item mulctam imponere, *l. 2 inf. si quis in jus vo. Ias. hic, § fin. nu. 39.* damnum aliquod inobedienti dare, *Bald. in l. quemadmo. 29. 4. magistratus, ad l. Aquil. Rom. in sing. per l. si in cum quo, 20. com. div.* præceptio vel manu militari jurisdictionem defendere, *Ias. in d. l. quo minus, Chass. præall. loc.* arbitrariè & criminaliter violatorem jurisdictionis punire: *Ias. in § pœnales, nu. 102. cum seq. Inst. de actio. Bart. hic in Lemc. § 1 n. 6. per § arripiat, in Auth. ut om. obe. jud. Ias. in l. 3. § prætor, n. 12. infr. ut quis eum qui,* & hodie Jure Sax. tandem contumaci abjudicare, quod & jure civili olim licuisse videtur, *l. divus, 7 de rest. in int. l. contumacia, 53. de re jud. l. diffamari, C. de ing. manu. c. licet, de probat.* Illud etiam tenendum, Judicem posse uno remedio non sufficiente, ad aliud redire. *Bartol. hic num. 3. vide de hoc omnino Panorm. in c. 2 num. 12 de dol. & contum. fac. l. 1. § si verò, C. de asser. tol. l. 1. § si frater, de coll. bo. Ioan. Andr. in ca. locupletari, colum. penult. de reg. jur. in 6.*

O B S E R V A T A.

III. Edict. ad jurisd. tuend. pertinens.

N. I. *Defendere jurisdictionem suam*) Denique sequitur hic III. edictum ad dignitatem & autoritatem jus dicentis pertinens. Prodest autem hodie hoc edictum cuilibet magistratui. Olim excipiebantur *Duum viri*, qui habebant quidem jurisdictionem & mixtum imperium (contra quàm sentit Wesenbec. & novissimè Merillius. *Vid. supr. observ. ad num. 7. de jurisdict.*) sed non excellenter & omni ex parte. Est verò actio hæc *personalis, in factum prætoria, popularis, qua datur Magistratus, vel cuilibet alii, contra eum qui extremaque jurisdictionis contemnunt, ad mulctam seu pœnam pecuniariam, l. un. h.*

Actio ex h. edict.

Non est privata.

N. II. *Sunt autem qui putent*) Q. *an hæc actio sit popularis seu quasi publica, an vero privata?* Wesenbec. h. postquam pluribus rationibus prius asserint, dubitanter *in fin. num. 4.* amplectitur cum Duar. posteriùs. Attamen prior sententia adhuc verior est, 6. rationibus Autoris, scilicet, (1) *quod hac actione non ipse privatus, seu litigator se ab injuria tueatur, sed magistratus à contemptu jurisdictionis, l. un. h.* (2) *quia privato plurima sunt remedia contra adversarium contumacem, nec opus ipsi hoc edicto. Vid. l. contumacia, de re judic.* (3) *Apud Duumviros caussæ privatorum possunt tractari. Hac de contemptu magistratus apud Duumviros*

vos non potest trahari. E. (4) *cidatur actio ex delicto pœnalis, qui læsus est ex illo delicto: At contempta jurisdictione, & non admissa executione, privatus non læditur.* E. (5) *quod hæc actio non competat ad id quod interest, l.un. in fin. h. t. non contineat utilitatem actoris* (6) *quod nullibi dicatur an hæc actio hæredi detur.* Conf. Scipion. Gentil. *lib.1 de jurisdict. c.8.* Ad contraria respondebimus ad *num.4. h. v. alius magis placet.*

Ad quod detur.

Quod quod hoc judicium) Per verb: quanti ea res est *in l.un. §. fin. h.t.* non intelligitur id quod interest, seu res aut utilitas privati; quia (1) ei opponitur mera pœna, *d. §. f.* (2) Rei vocabulum generaliter ratione subjectæ materiæ hic, contemptum & offensionem jurisdictionis significat. *arg. l.4. §.11. de vi bon. rapt.* Conf. Oldendorp. *d.act. n. 2.*

Non competit hæredi.

N. III. *An autem hæredi*) Non decidit Wesenb. an hæredi competat hæc actio. Et negativa verior est; cui non contrariatur quod actio pœnalia licet non contra hæredem, tamen hæredi detur, §. 1. *de perp. & temp. action.* Exceptio enim est (1) in actione injuriarum, *d. §. 1.* cui admodum similis hæc in factum. Wesenbec. *h. n. 4.* (2) in factum, si quis sine venia parentem in jus vocavit. *arg. l. pen. de in jus voc.* (3) in actione de calumniatoribus. *l. 4. de calumn.* (4) nisi lis cum defuncto fuerit contestata *l. 164. de R.J.*

Pœna fisco vindicatur.

N. IV. *Ad exactionem mulctæ*) Quæstio hæc est, *an pœna quæ hoc edicto proponitur fisco vindicetur, vel actori, an vero inter fiscum & actorem sit dividenda?* Verior est sententia Autoris prima, pro fisco; (1) quod sit judicium populare, ejusmodi, quo agitur de pœna ob contemptum jurisdictionis imponenda quandoque pro fisco, sec. notata *f. 1. de jurisdict. num.13. ad verba: applicandam petitori:* (2) quod sit judicium de mulcta, *arg. l. un. §. ult. ibi: meram pœnam h. t.* (3) quod non competat ob interesse, seu utilitatem petitoris, ideoque nec transeat in hæredes, *d. §. f. h.* Juxta quæ pronunciatum fuit Dn. Antecessorib. Lübecam 22. *Maii* 1635. Dissentit novissime Merillus *lib.1. variant. ex Cujac. c.6.* quod actio hæc privata sit, & detur adversario, h. e. actori in reum, vel reo in actorem, non vero fisco; (1) quod contineat meram pœnam, quæ opponitur ei quod interest, *in d. §. ult.* ut sensus sit, quod adversarius non utilitatem, seu id quod interest, sed pœnam meram hac actione consequatur. (2) quod ubi pœna edicto non est definita, eam actor æstimet, *l. pen. ne quis eum qui.* quæ æstimatio fit propterea ut ipsemet eam participet. Sed resp. ad (1) quod mera pœna ibi *mulcta* sit; tum quia pœnam hujus edicti non possint imponere Duumviri; tum quia mera pœna apponitur ei quod interest, & additur, non dari ob utilitatem actoris hoc judicium. E. si ejus planè nihil interfit, ut quia, per calumniam fortè movit actionem, vel licet etiam interfit, tamen mera pœna est; quæ hîc imponitur ob contemptum Magistratus. At verò mulcta non parti petenti sed fisco applicatur, *l. 5. C. de mod. mulct. ut in casu l. ult. de term. mot.* Add. Aut. *h. n. 4. verb. nam etiamsi alias in popularibus* & Bachov. *h. circ. fin.* Add. (2) Resp. *in d. l. pen. §. 1. ne quis eum qui in jus vocab.* pœnam æstimari propterea, quod judicium non sit de mulcta, unde & in illo juratur in litem.

Resp. Autori quod hæc actio sit privata [illegible].

Alius magis placet) Hic Wesenb. cum Duaren. magis probat quod actio ex hoc edicto sit privata; (1) quod pœnam contineat. *d. §. ult. h.* (2) detur ad id quanti ea res est, quæ abduci jussa. Verum ad (1) reponitur, quod pœnæ vox sit generalis, etiam mulctam continens, *l. 131. §. 1. de V. S.* & hîc restringatur ad certam speciem, scil. mulctam: tum quia mera pœna dicitur, tum quia non potest imponi à Duumviris. Ad (2) per *rem* non intelligitur illa, quæ deducta in judicium, sed propter quam contempta est jurisdictio. Confer. Bach. *in proœ. ad §. ult. h. t.*

Notabile. 1.

N. V. *Extremum*) Notandum hîc I. quod *in hoc edicto specialis actio sit introducta, pro speciali contumacia,* jure equidem singulari. Nec enim de omni est, sed de illa tantùm, quâ quis non paret ei quod extremum est in jurisdictione. Ergo si quis in jus vocatus non ierit, id huc non pertinet, quia nihil adhuc ei præceptum est quod contemnat; quomodo differt hîc tit. ab eo *si quis in jus voc. non ierit*, quo levioris contumaciæ species vindicatur. II. *Extremum jurisdictionis* dicitur hic,

2.

quod ultimum, seu quo facto judex ulterius progredi non potest: quomodo Aristoteles dicit alienationem esse extremum proprietatis, *in Rhetoric.* Zœs. *h. n. 2.* Nec enim hoc restringendum est ad executiones, quæ latam sententiam sequuntur, quia etiam in actore locum habet. Conf. Oldend. *d. act. 2. n. 4. vers. sed verius.* & Bachov. *in proœ. ad l. un. § 2. h. t.*

TITULUS IV. C. 2. 2.

De in jus vocando.

1. Quid sit in jus vocare.

NUnc videamus de in jus vocando, quod in omni lite primum est, *§. fin. Inst. de pæn. tem. litig.* In jus vocare, nihil aliud est, quàm juris experiundi disceptandique, non alterius rei causa vocare, *l. 1. h. t.* ad eum, qui jus dicturus est, *d. § fin.* hoc est, ad magistratum, *Cujac. observ. lib. 10. c. 10.*

2. Forma vocandi in jus apud Veteres.

Ac in usu Romanis olim fuit, magistratu, aut ejus viatore minimè conscio, adversarium in jus vocare, & aut cum illo de die certa, locoque, seu foro certo convenire, *arg. l. de die, 8. in pr. auf. qui satisd. cog.* aut invitum reluctantemque obtorto, quod ajunt, collo in jus, hoc est, ad tribunal Prætoris, testato tamen *vide Cujac. observ. lib. 7. c. 17.* trahere, hinc illæ phrases: In jus ducere, rapere, trahere, *vide Plaut. in Pœnulo,* &c. ac apud Horatium. *Sermo. lib. 1. Satyr. 9.*

—— casu venit obvius illi
Adversarius: &. Quò tu turpissime, magna
Exclamat voce. &, licet antestari? Ego verò
Oppono auriculam, rapit in jus: clamor utrinque.
Undique concursus. ——

3. Ratio hujus edicti.

Neque cuiquam impunè licebat ita raptum vi eximere, *tot. t. ne quis eum, qui in jus voc.* aut concursum facere, impedimentumque creare, quo minus quis in jus perduceretur, *l. 4. ad l. Jul. de vi privat.* Quæ in re cùm usu interdum veniret, ut indigna paterentur illi, quibus reverentia jure naturæ & gentium deberetur, *l. 1. 2. 3. 4. de obseq. l. 1. 2. 3. C. h. t.* aut qui alioqui necessariis, justisque occupationibus ita distinerentur, ut vocantem sequi commodè haud quaquam possent: visum fuit prætori faciendum, ut edictum proponeret, quo exciperentur personæ, quas in jus sine sua venia ducere, non esset permissum, pœna in secus facientes, 50 aureorum, sive, ut Justin. *in d. § fin. Inst. de pæn. tem. litigan.* interpretatus, solidorum constituta. Hoc autem edictum, etsi tantùm de in jus, hoc est, ad Tribunal Prætoris, vel Præsidis, *l. 1. & 2. C. eo. tot. h. t. l. 4. de inter act. tit. C. ne quis in jus eum. qui dicat,* vel quod. vocatione, non etiam de citatione ad Pedaneum Judicem facta, egisse palam est: *l. divus, 7. de in integ. rest. l. & p. f. 73 de jud. l. 2. & 3 ne quis eum, l. si verò, 5. qui satisd. cogan.* tamen videtur postea ex Constitutionibus, *l. ultima C. eodem, §. ult. Instit. de pæn. tem. litigan.* ad quamlibet cujusque Judicis [illegible] interpretatione extensum esse, *Dd. hic passim,* & C. eod. [illegible]

4. *Edicti partes tres.*

Sciendum autem est, hujus edicti tres esse partes: quarum in prima, Prætor quasdam personas vetat omnino in jus vocari: in secunda, quasdam sine suo permissu vocari prohibet: In tertia, pœnale judicium in contrafacientes, pollicetur. Prima pars ex Ulpian. *l. 3 & 4. h. t.* & Callistr. *l. 2. hoc t.* colligi potest, quorum hæc sunt verba, quæ probabile est, ex edicto esse translata: etiamsi non desint, qui hanc legis esse prohibitionem contendant, ex qua non pœna hujus edicti, sed arbitraria consequatur, *gl. l. ult. verb. aureos, hoc tit. à qua tamen ibi dissentit Bart. gl. in § pœnales, verb. cùm id non impetrasset, quam sequitur ibi Iaso n. 68. Instit. de actio.*

5. *Prima edicti pars, de iis, qui vocari non possunt.*

IN JUS VOCARI NON OPORTET NEQUE CONSULEM, NEQUE PRÆFECTUM, NEQUE PRÆTOREM, NEQUE PROCONSULEM, NEQUE CÆTEROS MAGISTRATUS, QUI IMPERIUM HABENT, QUI COERCERE ALIQUEM POSSUNT, ET JUBERE IN CARCEREM DUCI: NEC PONTIFICEM, DUM SACRA FACIT, NEC EOS, QUI PROPTER LOCI RELIGIONEM INDE SE MOVERE NON POSSUNT: SED NEC EUM, QUI EQUO PUBLICO IN CAUSA PUBLICA TRANSVEHATUR. PRÆTEREA IN JUS VOCARI NON DEBET, QUI UXOREM DUCAT, AUT EA, QUÆ NUBAT, NEC JUDICEM OPORTET IN JUS VOCARI, DUM DE RE COGNOSCAT: NEC DUM QUIS APUD PRÆTOREM CAUSAM AGIT: NEQUE FUNUS DUCENTEM FAMILIARE, JUSTAVE MORTUO FACIENTEM: VEL QUI CADAVER PROSEQUUNTUR: QUIQUE LITIGANDI CAUSA NECESSE HABET IN JURE, VEL CERTO LOCO SISTI: NEC FURIOSOS, VEL INFANTES.

Hos quidem omnes vocari omnino Prætor, aut, ut alii volunt, Lex prohibet, quod eorum hi quidem, cùm judicio careant, idoneam personam experiundi in judicio non habeant: *tit. C qui legit. per.* alii verò superiores, partim justis impedimentis, partim authoritate Imperii, & splendore dignitatis, ne veniant quasi coacti ad parem minorémve, *l. sed etsi, 26. § 1. cum seq. ex quibus caus. ma. l. 4. infr. de recep. arb. l. est receptum, 14. de juris. l. si reus, 12. jud. sol. l. hoc accusare, 11 de accusat.* magistratum excusentur.

6. *Secunda, de his, qui veniâ prætoris impetratâ, vocari debent.*

De personis, quas scilicet invitas, *l. quamvis, 11 hoc tit.* suo duntaxat permissu, causaque cognita vocari concedit, ita in secundo capite edixit Prætor, *l. 4 hoc t.* PARENTEM, PATRONUM, PATRONAM, LIBEROS, (scilicet Patroni: nam proprios absque permissu vocare licet, etiam iis casibus, quibus cum his lis esse potest, sicut & uxorem, *Cuiac. observ. lib. 10. cap. 10.*) PARENTIS, PATRONI, PATRONÆVE, IN JUS SINE PERMISSU MEO QUIS VOCET: Hanc edicti partem consulti pluribus responsis, *l. 5, 6, 7, 8, 9, 10. cum multis seq.* explicant, quos consulere licet, in genere verò sic eam exponit Modest. *l. generaliter, 13. h. t.* generaliter, inquit, eas personas, quibus reverentia præstanda est, etiamsi in potestate non habeant, *l. 13. C. eod.* sine jussu Prætoris in jus vocare non possumus quare idem hodie ad Dominum feudi extensum est, *Spec. de feud. n. 35. Zas. in l. si non sortem, 12. § libertus, 26. de cond. inde. quod usu servatur licèt communis opinio sit in contrarium glo. & Dd. in c 1. ver. salva reverentia, de mil. vas. 2 F. 22 Ias. Fab. in § pœnales, Inst. de actio. Iac. de homag. n. 26. Everar. in loc. leg. à lib. ad vas. in fine.* & ad magistratus, similesque personas (quæ nunc apud superiorem in jus vocari possunt, *Ias. hic. in l. 2 per l. jubemus, C. ad l. Iul. rep. Bar. in l. nec magistratib. de injur.*) extendi oportet, *vide Cuiac. lib. obser. 10. cap. 10. ubi ad maritum extendit, ex l. alia, solut. matr. & hæredem patroni extraneum, ex l. 1. C. eod. l. si quis, de acqu. hæred. item uxorem, scilicet patroni, l. 2. C. eod. non propriam, & ad maritum patronæ, contra Accurs. hic.*

7. *Tertia, de actione ex hoc edicto.*

In ultima parte Prætor edictum suum pœnali judicio monit, quæ pars in hæc ferè verba fuit concepta: IN EUM, QUI ADVERSUS EA FECERIT, QUINQUAGINTA AUREORUM JUDICIUM DABO: *l. pen.* ei scilicet, qui contra edictum vocatus est, non fisco, privata est enim injuria; eoque nec rescripto remittitur, *l. 2. C. eo.* ut nec aliud jus ad privatos pertineat, *l. 2. l. ult. C. Si contra jus.* At edicti de albo corrupto pœna major est: quia majus & publicum ferè delictum, unde actio popularis ad pœnam, ex parte fisco debitam. Cæterùm istud delictum ut privatum est, ita & hoc judicium, quod hoc nomine datur.

8. *Interpretatio edicti, & pœnitentiæ esse locum.*

Hoc cùm sit pœnale, nec hæredi, nec in hæredem, nec ultra annum datur, *d. l. penult.* quamvis autem non adjiciat Prætor, causa cognita se daturum: tamen Labeo, ait, moderandam jurisdictionem: veluti si pœniteat libertum, & actionem remittat: vel si patronus vocatus non veniat, aut si non invitus vocatus sit: *l. quamvis, 11.* quod etsi verba edicti non patiantur, tamen ratio suadet, ut eadem hic ἐπιείκεια utamur, & pœnitentiæ locum demus, sicuti in cæteris, *l. 1. § 1 supra quod quis. jur.* etiam atrocioribus, *l. qui falsam, 19. de fals. Bald. & alii, in l. si quis non dicam, C de Episcop. & Cler.*

9. *Extensum edictum, ne quis de domo vocetur, neve puella impubes vocetur.*

Sciendum autem est, hoc edictum a J.C ad alios casus esse productum. Nam *l. plerique, 18.* plerique eorum putaverunt, nullum de domo sua in jus vocari, hoc est, obtorto collo rapi (de hac enim specie edictum agit) debere, quòd domus tutissimum cuique receptaculum sit: eumque, qui inde vocaret, vim inferri videri: (quod non nisi de violenta seu personali citatione accipi posse palam est) ac satis pœnæ subire eum, qui domo se contineat, si non defendatur, & latitet, *l. satisque 19.* quando hoc casu actor in bonorum ejus possessionem mittatur. Si tamen aditum ad se præstet, aut ex publico conspiciatur, rectè in jus vocari eum, Julianus ait: sicuti & a vinea, balneo, aut theatro, *d. l. satis, l. sed etiam, 20.* Neque tamen hoc casu de domo sua quis extrahi debet, *l. sed etsi, 20.* Deinde nec impuberes puellas, quæ alieni juris sunt, in jus vocari permissum, Cajus ait, *l. neque, 22.* quod forte moribus introductum est: cùm & alias sciamus, apud Romanos fuisse improbatum, rapere in jus mulierem, aut corpus ejus tangere: *Valer. lib. 2.*

10. *Quando dimittendus vocatus.*

Sciendum etiam est, qui in jus vocatus est, eum duobus casibus dimittendum esse: *d. l. neque,* primò si quis eum defendat: secundò, si dum in jus itur, de re transactum fuerit: quod si quis nihilominus ducere, traheréve pergat, injuriarum tenetur, *l. 5. § 1. infra qui satisd. cog. vo. tit. 1. infra.*

11. *Qui non habet in ære, luat in corpore.*

Illud quoque non prætermittendum, eum, qui in hoc edictum incidit, si inopia dignoscatur laborare, in corpore, ut loquuntur, luere, quod non habet in ære, *l. fin.* Et hæc quidem jure isto sunt recepta

12. *Quid hodie circa vocationem observetur.*

Postea invaluit moribus, indistinctè nemo nedum in jus vocari, hoc est, violenter privatâ authoritate rapi, sed ne citari quidem sine venia jussuque Judicis possit, *l. fin. C. de exhib. reis.* utque liceat quemlibet de domo sua in jus vocare: *Cano. in c. ult. de eo, qui in poss. mitt. vide Tiraq. de retract. lig. § 1. gl. 2. per totam,* etiamsi inde extrahi non debeat, nisi in criminalibus: ut non magnus hujus tituli hodie sit usus: nisi dicamus hanc veniam non à quolibet Judice, sed tantùm à Prætore ac Præside, similibusque etiam nunc concedi posse: *l. 4. & t. h. l. 1. 2. 3. C. eod.* & ideo etiamnum impetrandam esse: quia non omnis actio criminalis, puta, aut famosa, *l. 3 4. 5. de obs. à lib. l. 1 §. hoc interdictum, de jur. & vi arm. l. non debet, 11. de dol. mal. cum simil. c. 1. ubi glo. verb. accusare, de consue. rec. feud. c. 1. ubi gl. verb. perdit. Quæ fuit prim. caus. bon. amitt.* contra has personas datur, ut scilicet initio magistratus cognoscat, an talis proponatur actio, ad cujus responsionem ejusmodi personæ sint vocandæ, quanquam eam ob rem non debere edicto locum esse, plerique contendant, *gl. ad verb. salva reverentia, ubi Bald. & Dd. de mil. vas. qui cont. vide Cuiac. l. fin. observ. 10. c. 10. ubi ait, postquam manus injectio desiit, etiam pœnam hujus edicti desiisse.* Quare limatiore hujus rei explicatione ad commentarios nostros rejectà, pauca quædam, ad usum potiora, de in jus vocando subjungamus: ut hujus quoque tituli uberior fructus nobis aliquis constet.

13. *Explicatio methodica de in jus vocando: quid sit citatio, quot ejus partes, species, causa, materia, forma, finis, effectus.*

Quod igitur olim in jus vocare, id vulgò hodie, sublato jam juris & judicii discrimine, *de quo in l. 4. de inter. act. l. 3. Ne quis eum, Rubr. C. ne quis in sua caus. jus dicat, vel judicet, cum aliis sup. alleg.* citare dicitur: quo verbo Cicero & Plautus usi sunt, *Plaut. in Curcul. Cic. pro dom. sua, & A. Cluen.* & nos in explicando utemur. Citationem ergo nusquam a Doctoribus definitam, ita describit Socinus, *in tract. citat. art. 1.* ut sit actus vocativus alicujus, cujus interest: qui fit vel juris dispositione, vel judicialiter Judicis mandato, aut arbitri commissione, ad partis instantiam: vel ex officio quandoque per ipsum Judicem, quandoque per nuncium, aut alium Judicem in subsidium: quandoque per partem, epistolam, præconem, campanam, ad judicii, & eorum, quæ in judicio fiunt, fundamentum, validitatem, & defensionem, & ad alios varios effectus judiciales legitime celebratos. Hæc descriptio uberior est, quam ut definitioni istis conveniat. Ego sic brevius malo: Citatio, est actus judicialis, seu judicii præparatorius, quo is, quem coram sisti opus est, Judicis mandato legitimè vocatur, juris experiundi causa, *l. 1. h. t.* Partes citationis unitæ continuunt tres: *Soc. de tract.*

tract. citat. art. 4. Præceptionem Judicis: c. 1. §. contrahentes, de for. comp. in 6. c. prudentiam, cum seq. de off deleg l. contumacia, 53. de re judicat. Maran in Spec. aur. c. de citat. num 31. Verbalem citationem, quam nuntius exequitur, & ejusdem nuntii relationem, Maran. praall loc. num. 55. Socin d. tract. Schurff. cons 38. nu 3 cent. 1. quæ nisi ea actis appareat, non valet citatio. Spec de citat. § sequitur, n. 11. Bald & Salic. in l. fin. C. de fer. Maran praall loc. nu 55. Chil pract. c. 24. Utrum autem nuncio hac in re credatur, nec ne, alia quæstio est: in qua communiter placuit, ei utpote jurato, & de suo officio testificanti credi, donec contrarium ostendatur Bartol in l 1. § curu. de off præf. urb. Ias. in §. quadrupli Inst. de act. gloss. 2. in c. cum à nobis, de testib. & c quoniam, 11. verb duos, ubi vide Lanfran. de Orea extr. de proba. Socin. latè d tract. citat. art. 12. & 13.

Species citationum alii sex ponunt, Maran. parte 6. cap. de citat. num. 50. alii plures, Socin. d. tractat. art. 3. Communiter dividitur citatio in Realem & Verbalem. Realis dicitur apprehensio personæ: c. si clericos, de sentent excom. lib. 6. Auth. qua in provincia, C. ubi de cri. ag. op. Ias. in l. plerique, nu. 33. hoc tit & in l penult num 7. de jurisd. de qua sola edictum agere, multis argumentis doceri potest, l. 2 l plerique, 18. hoc tit. Verbalis, quæ fit verbo, ea aut est Privata, cum quis privatim ad domum citatur: Ias d l. plerique, 18. num 33. aut publica, quæ scilicet publice fit, aut affixis citationis literis, Bar. in extravag. ad reprimendum, verb edictum, Felin. in cu quoniam, c. porrò, ut lit. non contest. Maran. praall loc. num. 82. aut per præconem, Bald & Dd. in l fin § cum igitur, de jur. delib & in Authent. si omnes, C. si minor. se abstine. Maran. praall. loc. num 98. aut per campanam seu tubam, l 2. ubi gloss & Dd. C de decur lib 10. Citatio etiam alia Peremptoria, l ad peremptorium, 63. de judic. alia Dilatoria esse dicitur, l consentaneum, 8. C quom. & quand. jud. Origo citationis est ex jure naturæ: est enim defensionis species, Clem. pastoralis, de re judic. Panorm in c. cum olim. de re judic. Schurff. consil. 9. num. 6. cent. 1. Maran praalleg loc. num. 3. Causa efficiens est, præceptum Judicis, sine quo non procedit citatio: l. etiam, 29. §. ultim. in verb ad agendum à præside evocate, de minoribus, l. neminem, ultim. C de exhibend. reis, ubi Bars. & Dd. l 2. consentaneum, 8. C quom. & quand jud. Instrumentalis est executio apparitoris: [illegible], instantia & postulatio litigatoris: citra quam Judex neminem citare debet in causis privatis, c. significasti, verb. petitionem, de for. comp. l. ad peremptorium, 68. de judic. l. fin C. de bon. Auth. jud. poss l. 4. § hoc autem, de damn. infect. sed tantummodo in publicis, c qualiter, 2. de accusat. Socin. de citat. art. 6 num. 2. Citare autem Ordinarii Judices possunt, de Delegatis dubitatur: glo. in l. consentaneum, 8. C. quomodo & quand. jud. per. §. si verò, in Auth de exh. re c. si clericus, de sentent. excomm. lib. 6. vide Govea. in l. 2. supr. de jurisd. sed cum absque citatione mandatam jurisdictionem exequi nequeant, consentaneum est, data jurisdictione etiam jus vocandi concessum videri, l. 2 sup. de jurisdict. cum etiam arbiter citare possit, l quid tamen, 21. §. Papin 5. de arb. cum simil. In jus autem vocari debent omnes, quorum interest, quorumque causa agitur, l de unoquoque, 47. de re judic. l nam ita, 39 de adopt. l. quando, 15. C de testib Auth si omnes, C si min ab here. c 2. de testib. c. fin de majo. & ob. Ias in l 1. in fin. C quan lib pren das & l. si quis, verb. causam, si cert. petat. Maran. in Spec de citat. num. 2, 3, 4. cum sequ. contra l. etiam, 29. § ultim. verb præsente vel ad agendum evocato, de minor. sed pro hac sententia text. in l. 2. verb. hoc enim, dum quis apud Prætorem agit, qui certè præsens est hoc t. s. l. 2. quæst. 3. & vocari omnes omnino possunt, præter illos, quos hoc edicto nominatim excipi, supra diximus. In omnibus autem litibus citatio facienda est, etiam notoriis: Ias. in l. fin num. 13. de jurisdict. Bald. & Sal. in l ea quidem, 7. C de accusat. Socin. de citat art. 7. num. 63. nec modò in singulis causis, sed singulis etiam causarum actibus & partibus expediendis, c. 1. de caus. poss. c. cum Ecclesia, de const. cap inter. de majo. & ob. Cle. pastor. de re jud. Excipio illa tamen, in quibus causæ cognitione non est opus, l. fin. C. si per vim, l. nec quicquam, 9 § ubi decretum, de off. procons. & non obstante partis contradictione, potest procedi, Bald. Ias. in d §. ubi decretum, 10. And in c. u. de op no. nun. Alex. in l. recusare, ad S. C. Treb Soc. in trac. cita art. 7. num. 35. & 60. Earum edicti peremptorii, hoc est, citationis peremptoriæ alibi tradit J. C. l. ad peremptorium, 68. de judic. quæ ante litem contestatam olim obtinebat, non post: Cujac. observ. lib. 10. c. 10. per l. & tertium, de judic. l. contra, de re jud hodie contra, l. properandum, 13. § 1. 2. C. de jud Auth. qui semel, C. quomodo & quando jud. præsertim moribus Sax. lib. 2. art 9. et. 3. art. 3. Forma communis est, ut præcipiat committatque Judex citationem, l. neminem, ult. C. de exh re. & exinde nuncius juxta præscriptum suæ commissionis citet 1 ca. venerabili, de off deleg. c. cum dilecti, de rescript aut personaliter, si persona haberi, inveniri que potest: L. 1. §. permittitur, de lib. agnos. in verb. ad domum, si nullum eorum copiam habeat, l. 4. § præs ubi Bar. Im. Cast Alex. qui hanc dicit esse communem, de dam. infec. l. aut qui aliter, 5. §. 1. verb si fortè non sit, cui denuncietur, quod vi aut clam. aut si non potest, ad dolum, d. l. aut qui aliter, l. scire, 13 §. qui autem, de excus. tut. l. vim passam, 39. § nupt. ff. de adult. l plerique, 18. h. t. affixa citationis scriptura, Bald. & Ang in l. ut perfectius, C de annal. excep. Innoc & Dd. in ca. ultim. de eo, qui mitt. in poss. vide omnino Tiraquel. in retract. lig. § 61. gl. 2 num. 8. 9. cum seq. quæ, (ut volunt Dd) hæc sex continere debet: Primò, nomen Judicis citantis. 2 nomen ejus, qui vocatur 3. nomen illius, ad cujus petitionem fit citatio. 5. locum idoneum, Bart. in l. aut qui aliter. quod vi aut clam text. in cap cum parati, 19. ext. de appell. in quo citatus compareat. 6. tempus opportunum & justum, Panorm in c. cum dilecti, num. 10 de dol. & cont. Spec. de citat. §. 1. num. 2. & § nunc de tempore, text. in ca. fin de dilat. & c. consuluit, num. 24. de offic deleg. quò compareat, vide de his requisitis Dd. in l. 1. de fer Socin. de citat. art. 20. Spec. de citat. §. tam de citatione, in prin. Maran. in Spec. aur. parte 6. num. 63. Tiraq. de retract. § 8. gl. 2. Quod ad finalem causam attinet, citatio, authore Baldo in l. cum fratrem, 9. C de his, quibus ut indig fit ad duos fines: videlicet ad effectum comparitionis, & ad effectum præparandæ defensionis, Socin. de citat. art. 3. quæst 16. num. 22. & art. 31. num. 5. Marant. parte 6. de citat. num. 13. per Clem. pastoralis, de re judic. Quantus porro sit citationis effectus, ex titulis subsequentibus intelligi licet, infr. si quis jus dicen. non obtemp. cum trib. tit. seq Certe, quia initium litis est citatio, §. ult instit. de poen. teme. litigan. ideo operatur præventionem, c. proposuisti, ubi late Socin. de for comp. judic. c. gratum. de off. deleg gloss. in Clem. 1. de judic. Socin in tract. citat. art. 31 nu 2 & 4. Ias. latè in l. si domus, 71. §. in pecunia legata, num 10. cum sequent. de legat. 1. quamvis non tollat declinatoriam exceptionem: l si quis, 5. de jud. l 2. si quis in jus voca. item perpetuat jurisdictionem, d c. gratum, 20. c. relatum, de off deleg. Clem. 2. ut lit. pend. glo. in Cle. 1. de judic. & fortassis etiam jure præsertim Pontificio actionem, l fin. Cod de præscrip. 30. annor qua non loquitur de litis contestatione, sed generatim de processu judiciario, ex quo vult actionem perpetuari: at talis processus, jure cum primis Canon à citatione incipit, cap. gratum, cum sequentib. de offic deleg. Cle. 2. ut lite pendente. Dd l ubi ceptum, de judic. interrumpit longissimi temporis præscriptionem, Novell. 59. §. ultea, l sicuti, 3. cum notissimi, 7 C de præscript. 30. annor. l. 2. C. ubi in rem, Socin: de citat art 10. num. 31. &c. jure Sax. si actor citatus non compareat, absolvitur ab instantia judicii reus: nec prius auditur deinceps actor, quam sumptus hoc nomine factos refundat reo, D. Rembart diff. jud 17. per art. 8. Landr. lib. 2. fac. l. sancimus, 13. C. de jud. & vid. in Auth. qui semel, C. quomodo & quando jud. mulctam verò pendat Judici: art. 7. lib. 2. gloss. art. 67. lib. 1. sin verò reus vocatus emaneat, solet post tertiam denunciationem tanquam confessus & convictus in petitionem actoris condemnari, Landrecht l. 3. art. 39. Fachin. diss. 39. quod & apud Veteres quandoque obtinuisse, non obscuris vestigiis deprehendi potest, l. contumacia 53. de re judica l divus 7 de in integr. rest. l impuberib. 7. §. ult. ff de suspect. tutor. Sed cum post litem demum contestatam ex peremptoriis edictis obtinuit: Cujac. lib. Observ. 10, cap. 10. jure Sax tantum ante locum habet; nam post hæ pœnæ cessant: & qui non comparet, utilitatem solum termini, ad quem vocatus erat, amittit. Ita mores habent. Cæterum & actor nonnunquam causa hic cadit: siquidem vocatum oblato libello, in aliud post judicium vocet, atque pertrahat, Cujac. praalleg. loc. in fin. ex const. Græca, quæ desideratur, C. de in jus vocan. & in Basilicis recitatur.

OBSERVATA.

II. inter præpar. judic. in jus voc.

N. I. *Experiundi*) II. inter prima judiciorum eminet *in jus vocatio*. Fit ea juris experiundi causâ, h.e. percipiendi (1) an jus competat vel non, atque (2) constet an vocanti sit jurisdictio, *l. 2. si quis in jus vocat.* Distinguenda verò hic sunt tria accurate. I. in jus vocatio ex L. XII. tabb. citra discrimen personarum propria autoritate usurpari solita, quâde Car. Sigon. *l. 1. de judic. c. 18.* II. edictum Prætoris, quo inducta est distinctio, (quod quidam in vocando in jus reverenter haberentur) quoad personas in dignitate, quibus honor vel reverentia debetur, ubi quis ex domo suâ rapiendus foret, & sic deinceps. Tunc ergo indistinctè quoslibet in jus rapere non licuit, sed eos qui in Edicto Prætoris excepti non erant. III. est Citatio Magistratus quæ invaluit, quâ de agit *A. n. 12. & seqq.* Non enim amplius licebat in jus vocare sed quærela apud Prætorem erat proponenda, qui deinceps in jus vocabat. Et hicce modus hodienum quoque obtinet.

Quid hic jus.

Disceptandique) Verùm hoc superfluum est, nec additur in *l. 1. h.* quia non disceptatur causa coram Prætore, præterquam si sit extraordinaria, ejus cognitioni specialiter reservata. Nisi factum judicis subsecuturum respicias.

Quæ siebant in jure.

Hoc est ad magistratum) Vocabulum juris in *rubrica* h. significat locum ubi Prætor cognoscit s. tribunal, *arg. l. pen. d. l. & l.* Unde in jus vocare est ad illum locum & Prætorem vocare *l. 2. si quis in jus vocat. l. 4. de interrog. act.* Rittershuf. *in Comm. ad l. 12. tabb. class. 3. p. 3. c. 2. sin jus vocare.* Olim autem quædam coram Prætore & *in jure* fiebant, alia autem *in judicio* & coram judice pedaneo. In Jure, quæ ipsi judicio constituendo specimen futuræ litis exhibebant. Cujusmodi erant (1) *in jus vocatio*, (2) *Cautio* (3) *Dilatio* (4) *jurisjurandi* ratio: (5) *Postulatio* fiebat in jure; suum enim desiderium proponendo formulam, petebat actor, idem proponens exceptionem suam faciebat reus. Fiebat autem hoc summatiè, ut modò constaret an competere possit actio vel exceptio. Sequebatur (6) *editio actionis*, (7) *datio formulæ* vel denegatio; (8) *litis contestatio*, & (9) *Citatio* ad diem, ad judicem pedaneum.

Quæ in judicio.

In judicio, seu quæ coram judice pedaneo expediebantur, de facto & negotio controverso, revocari possunt ad 5. capita. Primum erat *Notio* seu exaudirio facti, quod si certum, & reus confitebatur, ferebatur sententia, si verò negabat, sequebatur (2) *probatio*: (3) *Disceptatio*: (4) *Conclusio*: (5) *sententia*. Executio tamen erat solius Magistratus. Vid. Vultej. *jurispr. Rom. lib. 2. c. 26.* Ubi verò notari adhuc meretur, quod aliquando & exceptionis ratio hic habenda fuerit. Prætor enim aliquando purè dabat judicium, nonnunquam sub exceptione. Purè sic: *Si apparet Cajum ex empto debere C. condemna, §. 1. J. quib. mod. re contr. ob l. 5. 3. de except.* Sub exceptione ita: *si apparet Cajum Titio C. debere ex empto, si is pactus non sit ne eam pecuniam petat, condemna.* Franc. Duaren. *in l. 7. §. 2. de pact.*

In jus vocatio fiebat etiam non consulto Magistratu.

N. II. *Minime consulto*) Per in jus vocationem fiebat *debitori denunciatio ut veniat in jus & ad Prætorem.* Hocque vel requisito magistratu, vel non: & hoc posterius probatur (1) exinde, quod aliàs speciali veniæ petitione in quibusdam personis non fuisset opus, *l. 4. h. t.* petenda autem hæc erat à Magistratu E. extra personas exceptas non opus erat adire magistratum: (2) quod in litigatorum sit arbitrio, de certa die & loco convenire de judicio sisti, *l. 8. qui satisd.* E. præsupponitur vocationem à magistratu non fuisse necessariam; (3) quia qui impedit quo minus quis in jus producatur, ex L. Julia de vi privata tenetur, *l. 4. ad L. Jul. de vi privat.*

Viquoque & manu injecta.

Obtorto quodammodo collo) Et hoc rectè probatur (1) per L. 12. tabb. quæ ita habet: *Si in jus vocet* (sc. aliquis alterum sive adversarium suum) *atque eat*, (h.e. illico, statim eat sine ulla tergiversatione.) *Ni it*, (sc. vocatus) *antestator* (sc. is qui eum in jus vocavit. Antestari autem est testes facere s. rogare super eo quod agitur,) *Igitur in capito* (i.e. deinde eum teneto, si sc. testis factus vidit vocatum nolle in jus ire) *Si calvitur* (si moras nectit) *pedemve struit* (vix pedem pedi præfert) *manum endo jacito*. (h.e. manum in eum injicito, & obtorto collo in jus trahito) Et hunc morem *injiciendi manus* Romanos à Græcis hausisse ait Ritterhus. *d. loc.* (2) probatur *l. 21. h. t. l. 103. d. R. J. l. 5. qui satisd. cog. l. 4. ad L. Jul. de vi privat l. 9. de V. S.* Exceptio tamen est (1) quod non liceat ex domo rapere *l. 18. h. t.* (2) non ab Asylis, *Nov. 17.* (3) non impuberes puellas, *l. 22. h. t.* nec (4) eum qui satisdedit, *l. 5. §. 1. qui satisd. cog.* Diss. videtur Bachov. *in not. h. t.* (nec facit *ad Tr. th. 1. b.*) (1) *arg. l. 18. h. t.* (2) quod qui aliquem ex domo sua vocat, *videatur* saltem vim inferre non reverenter fecerit, *l. 18. eod.* Respondeo ad (1) Pœnale judicium quidem non habere locum si libertum pœniteat vocationis, & actionem remittat, si patronus vocatus non veniat, aut si non invitus vocatus sit. Sed inde non sequitur, ergo his casibus patronum fuisse raptum invitum & violenter: Quia sine venia s. permissu in jus vocatus dicitur dupliciter; (1) cui denunciatum ut eat in jus & ad Prætorem, quod poterat fieri dici dictione, (2) qui obtorto collo rapiebatur. Jam vero personæ, quarum in l. 10. h. t. fit mentio, nec primo modo vocari debebant; non tam quod trahi seu rapi eas esset inhonestum, quàm quod interesset eos non conveniri quibuslibet famosis actionibus, (quæ, ut infra dicemus, causa est hujus edicti finalis.) *l. 10. §. 12. h. t.* Ad (2) Resp. particulam *Videatur* ibi significare veritatem, *arg. l. 4. princ. ad L. Jul. de vi privat. l. 21. §. 4. de arbitr.*

Qui mos à Græcis.

Resp. Bachovio.

Quis judex pedaneus in l. 3. ne quis eum.

N. III. *L. 3. ne quis eum*) Verùm disting. est inter judicem datum cum formula, qui aliàs judex datus vel pedaneus dici solet, & inter Magistratum inferiorem, qui non pro tribunali sed in subselliis jus dicebat, qui etiam dicitur judex vel magistratus pedaneus, quod sit à pedibus Prætoris; quia ut pes est inferior pars corporis, ita is inferior est aliis. Et de hujusmodi judice pedaneo (non de dato cum Wesenbec. h.) intelligenda est *d. l. 3.* unà cum *l. 1. §. 6. de postul.* minimè explicandæ ex *l. f. C. de pedan. judicib.* Conf. notata *ad tit. de postul. num. 2.* Minus etiam rectè Bachov. *ad Tr. h. d. th. 1. F.* putat, nihil absurdi esse, si dicatur judicem pedaneum ex autoritate Prætoris jus citandi habuisse, per *d. l. 3.* quod apud eundem etiam factæ fuerint postulationes, *l. 1. §. 6 de postulan.* Resp. enim (1) quod in *d. l.* expressè fiat mentio in jus vocationis, & de illa hic textus sit accipiendus, *junct. l. 2. si quis in jus vocat.* E. si ad aliquem judicem pedaneum aliquando fit in jus vocatio, intelligitur certè alius judex pedaneus, quàm qui cum formula dari solet. (2) Ipse Bachov. *in proœd. d. l. 3. num. 2.* fatetur, nec juris nec moris esse ut quis ad judicem pedaneum (cum formula) vocetur, sed partes constituto judicio apud prætorem, condicta die ultro sese sistere teneri: quia, ut pergit, nec amplius actor vocabat reum, sed in ipso termino instituendæ cognitionis à judice præco adesse partes jubebat.

Judex cum formula non habuit jus citandi contra Bachov.

jubebat. Si autem hoc verum, tum certè absurdè intelligitur *d. l. 3.* de judice dato pedaneo; (3) Quia est quidam judex pedaneus coràm quo potest fieri postulatio, *l. 1. §. 6. de postulan.* quæ tamen non fit, nisi coram magistratu, *l. 1. §. 2. eod.*

Qui magistratus vocari possit.

N. V. *Magistratus qui imperium*) Notandum (1) hoc verum, de Magistratibus majoribus, qui durante officio nequeunt conveniri; nam fallit in minoribus, *l. 32. de injur. 29. §. 7. ad L. Aquil. junct. l. 12. de jurisd. l. 2. §. 3. de orig. jur.* (2) fallit & in majoribus, quoad illa quæ committunt ratione magistratus & officii, vel administrationis, *l. 4. C. ad L. Jul. repetund.* quoad cætera enim saltem præstant cautionem de judicio sisti, *l. 12. de accusat. l. 8. § ult. ad L. Jul. d. adult.* ad hoc namque isti textus restringendi videntur cum Bach. *ad protit. h. pag. 455.* aliud deinceps à Justiniano quoad judices constitutum est in *N. 86. c. 4. & 5.* quod hîc, in jus vocatioque jam dudum sublata, ἀλλότερον. (3) non obtinere edictum in hodiernis magistratibus, per se manifestum est, *Wes. infr. n. 6.* quod cum magistratus nunc sint perpetuus, aliàs adversarius jure suo facilè excidere possit Oldend. *1. act. 4.* Ilicn. Vnum. *de process. disp. 5. th. 7. n. 37.* (4 per imperium in edicto hic intelligitur imperium excellens, & autoritas vel potestas majorum magistratuum, *arg. § 1. inst. & l. 2. d. adopt.* Ubi cavendum à *Gloss. hic*, quæ per imperium intelligit merum imperium, *per l. 26. §. 2. ex quibus causis majores l. 8. & l. 12. de accusat.* Nam nihil ibi de imperio mero; & qui magistratus est major, vel simul habet merum imperium, vel non: illo casu excusatur propter magistratus dignitatem, hoc casu non item, quia licet habeat imperium, (i. e. potestatem majorem) tamen vocari potest ratione offic. nisi imperium actu exerceat.

Quid imperium in l. h.

Expl. pot. eo h. t. l. 2.

Pontifices) Maximum sc. *l. 2. §. 6. de O. I. § 8. l. d. R. D.* adde *l. omnes qui. C. Episcop. & Cleric.*

Propter loca religionem) Neglige hoc Gloss. h. Quidam referunt non ad sacerdotium, sed servos sepulchris addictos, *l. 91. §. 2. d. condit. & demonst. l. 44. d. manum. testam.* Alii ad Asylum, quos refutat Cujac. *15. O. 29* (1) *per l. pen. de vacat. muner.* (2) quod hic non agatur de loco ex quo non liceat vocare, sed de personis, cum aliàs addi debuisset nec ex domo quem vocari posse. Gothofr. hic explicat de iis qui propter testimonium dicendum non possint amoveri *l. 8. de testib.* & militibus *l. 45. ex quib. causis majores.* Et hæ duæ Gothofredi explicationes magis probandæ videntur, quamvis prior displiceat Bach. *in protit ad l. 2. verbo qui propter.*

Qui equo publico) Duar. *h. c. 3.* intelligit de transvectione & probatione equitum solenniter recenseri solitorum, Hellig. *in Don. Enucl. 2. Comm. 23. lit. X.* etiam de veredario, Postreuter. Oldend. *Class. 1. act. 4.* refert ad hodiernas lustrationes die Musterung.

Qui uxorem ducit) Ob solennem veterum deductionem in domum; hodie ob deductionem ad sacra, benedictionem & solennia nuptiarum, idem est.

Nec judicem oportet) Nisi ad principem vocetur. *l. 54. §. 1. de re judic.*

Justave mortuo facientem) qui lugebant mortuos intra 9. dies non poterant citari: *Nov. 115. c. 5.*

Vel infantes) Adde impuberes, qui infantiam excesserunt, alieno jure subjectos, *l. 4. h.* minores, & mulieres impuberes *l. 22. h.* etiam puberes (quoad rapinam violentam. Valer. Max. *2. c. 1. n. 5. N. 134. c. 9. l. 1. C. de offic. div. judic.*) Jure Sax. etiam citari nequeunt mulieres indistinctè, quod non habeant legitimam personam standi in judicio. Ideoque harum nomine citandi sunt earum constituti Curatores ad litem.

Prohibitio hæc ex edicto, non ex lege.

Hos quidem omnes) Quæritur *h. & supra n. 4. verbo: etiamsi non desint.* an prædictæ personæ prohibeantur ita simpliciter vocari ex lege, an à Prætore? Et A. fere nihil certi de hoc audet statuere. Verius est, hoc esse ex prohibitione Prætoris, (1) *arg. § pœnales de action.* ubi actio hæc refertur inter Prætorias, E. descendit ex ejus jurisdictione & edicto, *arg. § 8. eod.* (2) ex collatione *l. 2. 3. & 4. h. t. junct. l. 7. § 1. de I. & I.* quæ sunt ex Ulpiani libris ad edictum, & cognitionum Callistrati: Diss. Gloss. *in l. 4. h.*

Ratio partis 2. edicti.

N. VI. *Generaliter inquit eas personas*) Edicti pars II. loquitur de parentibus & patronis, (adeoque illis qui vel habent in potestate, vel habuerunt) aut his sunt conjuncti, quibus reverentia debetur & conservanda est sine permissu Prætoris non vocandis. Ideoque an justa causa vocandi sit, aut quo alio modo reus conveniri possit, erit despiciendum, antequam in jus eatur, quod aliquo modo probrosum habetur. Cum autem ratio hæc & in aliis obtineat, extenditur illud *ad l. 13. h.* ad eos in genere, quibus *ob præstitum beneficium reverentia* debetur. Nec enim cum Oldendorp. *d. act. 4. n. 4.* hoc restringendum saltim est ad liberos emancipatos.

Q. an vasall. poss. domin. feud. sine ven. in jus vocare.

Dominum feudi) Si quæstio hæc intelligatur de veteri in jus vocatione, sine dubio sententia negativa verior est, (1) *arg. l. 13. h. junct. 2. F. 22.* (2) arg. à libertò ad vasallum. Si enim ille non potest sine venia patronum in jus vocare E. nec hic, quia in hoc tertio conveniunt: quod uterque, ille patrono, hic domino feudi reverentiam debeat: Hodie affirmativa prævalet; quod citatio omnis fiat autoritate magistratus, *arg. l. f. C. de exhib. reis. O. Cp. 1. c. 32.* quam confirmat præjudicium Mynf. *4. O. 92.* Nec officit contraria autoritas Hartm. *2. O. 45.* Vel enim intelligi potest de domino feudi qui simul sit territorii dominus, vel ubi de ipso feudali fundo litigatur; juxt. Mynf. & Reyg. *in addit. d. O. 29.* vel etiam si actio subsit famosa, & de aliquali honoris præfatione.

Cur hoc judic. de in jus voc. non detur hæredi.

N. IIX. *Nec hæredi*) Si hoc simpliciter intelligit Wesenbec. rectè erroris arguitur à Bach. *in not. h. & in comm. num. 6.* tralatitium enim est pœnalem actionem hæredi competere, *§. 1. d. perpet. & temp. act.* Attamen intelligendus est Autbor secundum mentem *d. § 1.* ubi excipitur actio injuriarum, & illæ pœnales, quæ huic sunt similes, quod Wesenbecium non latuisse patet *ex nu. 4. ibi: velut. actionem injuriarum. ut. praced.* ubi hoc latius explicatum. Non datur itaque hæredi hæc actio, vel per ipsum text. *d. § 1.* quod hic q. injuria vindicetur.

Edictum est de in jus vocatione in genere.

N. IX. *De hac enim specie*) Putat edictum agere de violenta vocatione, ut ideoque *sine permissu aut vetito Prætoris non liceat in jus vocare* sec. Wesenb. sit, *non licere parentes v. c. in judicium trahere.* Verùm rectius dicitur edictum prohibere in jus vocationem in genere, & illam quæ fiebat *cum raptione*, & in jus vocationem *simplicem*, quæ fiebat dici dictione, *per notat. ad n. 2. verb. Obtorto. in fin. h.*

Hodie nec planè antiquatum.

N. XII. *Ut non magnus hujus tituli hodie usus*) Hinc Zang. *de Except. p. 2. c. 8. num. 30. hodie, ait, ejus tituli non est usus teste Wesenb. h. cum hoc ipso quo judex quem ad instantiam alterius citat, venia intelligatur impetrata. Et inde, pergit, sæpius ob hanc causam reo, non obstante hac exceptione* (scil. non impetratæ veniæ) *litis contestationem esse impositam:* Verùm longè rectior sententia est, quod & hodie hujus tituli *per interpretationem* sit usus, idque de parte prima extra dubium est. In altera vero idem obtinet, quia distinguitur inter causam edicti impulsivam & finalem.

Illa

Illa erat, ne personæ quibus reverentia debetur in viò traherentur ad judicem, *arg. l. 4. ad L. Jul. de vi privat.* hæc verò, ne famosis actionibus quibus pudor sigillatur, convenirentur: hac enim de caosa primò erat requirendus magistratus, *l. 10. §. 12. h.* Et hæc ratio casu ubi forum alioquin est competens, hodienum quoque obtinet, quamvis vetus veniæ petitio in praxi non observetur. Jung. Timæ Fabr. *ad §. fin. de pan. tem. litig. Vid. p. 194.* Gail. *de pignor. c. 15. n. a.* Myns. 4. *O.* 92. D. Carpz. *def. for. p. 1. c. 2. d. 26.* Patet adeoque summâ hæc niti ratione, & principiis à reverentia, honore & justitia universali deductis.

Q. quando sublata differ. juris & judicii.

N. XIII. *Sublate jam juris & judicii discrimine*) Quando hoc discrimen juris & judicii sublatum, non satis constat: Probabilius est, cœpisse desinere sub finem secul. III. post C. N. tempore Dioclet. & Maxim. deinceps sensim expirasse; (1) quia illi voluerunt in *l. 2. C. pedan. judic.* Ipsos Præsides debere judicare: (2) illi in jus vocationem promiscuè vocarunt citationem, *l. 8. C. quomod. & quand. jud.* Nec obstat *l. 4. de interrog. act.* & *l. 3. ne quis eum:* quæ sunt Ulpiani & Pauli: Nam etsi hi confundant juris & judicii appellationes, tamen hæ & tum temporis fuerunt verè distinctæ, ut ex Historiis constat, & *arg. d. l. 2. C. pedan. judic.* cum formularum impetrationes demum à Const. M. sint sublatæ *l. unic. C. form. & impetrat. sublat.* Et JCti *in d. l. 4.* vulgariter locuti sunt. Cæterum olim in jus vocatio & citatio ita differebant: (1) illa prior erat, hæc posterior: (2) Illa *privati*, in jus ad Prætorem: hæc *magistratus*, factâ litis contestatione, per præconem ad judicem pedaneum (fiebat autem à præcone stante pro tribunali & vocante, unde citari in testimonium, est vocare ad judicem testimonii dicendi causâ, *l. 20. de testib.*) (3) illa fiebat actionis impetrandæ causâ, hæc ad examinationem facti, *l. 7. d. in integr. restit. l. 72. & 73. de judic.* Utraque in se, ut pars judicii, est jur. gent. non jur. divini, non naturalis, licet eo inclinet. Diss. Dd. varie, de quo C. Borell. 1. *dec. 43. n. 3. & seqq.*

Differ. jur. vet. inter in jus voc. & citat.

Citat. jur. gent.

Partes citationes.

Partes citationis) Maranta *all. loc.* rectiùs vocat tria extrema, unum à parte judicis, quod *commissio seu jussus de citando*, & duo ex parte nuncii, alterum *Commissionis executio* (quàm ipsam citationem vocat h. Wesenb.) quo pertinet quoque decreti judicialis insinuatio · alterum *facta citationis* (vel insinuationis) relatio.

Hodie in ea requiritur jussus magistratus.

Præceptionem judicis) Et ut arctet atque obstringat, & quia hodie non fit citatio sine jussu judicis *l. ult. C. de exhib. reis l. tum clericus C. de episc. & cler. c. de illicita. 24. q. 3. c. ex parte. de rescript.* Quod non solum in criminalibus obtinet *d. l. ul* Jul. Clar. 5. *rec. sent. fin. q. 31. n. 4.* sed & in civilibus; per *Dd. text.* & quod citationis commissio reputetur pro decreto & interlocutoria. Myns. 6. *O.* 10. *n.* 3. & 5. *O.* 85. *n.* 7. Nisi in his consuetudo loci admittat citationem ad interpellationem solius actoris. Diss. Bach. *ad Tr. h. th. 4. b. & th. 6. c.*

Constare debet de nuncii relatione.

Relationem) Circa hanc duo quæruntur (1) *An valeat citatio, si non constet ex actis de nunc. relatione?* Quod neg. quia ex iisdem de singulis citationis qualitatibus (cur sc. quando, quomodo, & in quo loco fuerit facta) constare debet, cum citatio actus sit judicii substantialis, alioquin, nec citatio, nec sententia, neque totus processus valet, *l. 5. §. 1. ex quib. causis in poss.* (2) *an credatur nuncio affirmanti, se citasse?* Aff. *arg. l. apparitores. C. de exact. tribut.* & quia de gestu proprio (executione citationis) ad quam publica autoritate cum juramento fuit constitutus, testimonium perhibet.

Cui credendum.

Citatio per edictum.

Quæ publicè) Vocari solet citatio per edictum in trium dominorum territoriis affixum, durch offentlichen Anschlag. Ubi tamen disting. est. Nam vel *judex novit ubi reus degat aut lateat*, & hoc caso non publicè, sed per literas subsidiarias citare debet, *Clem. 1. de judic. Clem. pastoralis in med. de sent. & re judic.* vel *judex hoc nescit aut reus impedit citationem ad se pervenire, aut aliud subest impedimentum:* & locus est citationi publicæ, *d. clem. 1. Nov. 134. cap. 5.* Fieri id solet in matrimonialibus, concursu creditorum existente, & caosâ debiti aliâ, quoties debitor vagabundus est, vel latitet. Alia est citatio subsidiaria, quæ iodem aliquando *publica*, aliquando *privata*, fit autem per literas rogatorias. Vid. *Nov. 25. c. 6. l. 1. §. 2. de requir. reis* Gail. 1. *O.* 56. Hilttop. *de proc. p. 2. t. 1. n. 8.*

Subsidiaria.

Citatio fit ad instantiam alterius.

In causis privatis) Fit citatio regulariter à magistratu, non proprio motu, sed ad alterius instantiam. Ratio est (1) quia judex regulariter non impertitur officium suum nisi imploratus, *arg. l. 4. §. 8. d. damn. infect. O. C. p. 3. c. 12. §. 1.* Add. Marib. Steph. *de offic. jud. p. 3. c. 1. & p. 4. c. 1. n. 16. & seqq.* (2) quod causa sit non reip. sed privata. Hocque etiam in criminalibus procedit, per viam accusationis inchoatis. Excip. (1) causæ publicæ, per *all. c. significasti. de for. comp.* (2) crimina publica & privata illa in quibus inquisitio, quæ fit ex nobili judicis officio, locum habet, & quandoque non requiritur citatio verbalis. Conf. Gail. 1. *O.* 50. *n* 4. & *O.* 35. *n.* 6. & *seqq.* & noviss. D. Joann. Brunneman. *de inquis. proc. c. 8. n. 4. & seqq.*

Citandi quorum interest.

Quorum interest) Hinc non sufficit unum ex consortibus vel alterutro citari, sed omnibus in specie citationem insinuari necesse est, *l. 1. & 2. C. d. consort. ejusd. litis*, & quidem in uno. Nam procedente lite solet onus nominari, & cæteri dicuntur in genere consortes. Ita & pluribus existentibus hæredibus singuli specialiter sunt citandi, quia inter hos ipso jure dividuntur obligationes & actiones, *l. 5. & 1. s. C. d. hered. act.* Unde etiam contra illos, qui non sunt citati, nec in contumaciam procedi potest.

Etiam præsentes, ubi citatio non præcessit.

Etiamsi præsentes sint) Jure Saxon. illud expeditum est, per text. in Landr. *lib. 2. art. 3* Vid. Colet. *p. 1. decis* 103 *n* 6. & *decis.* 142. Secundum jus civile verior sententia Wesenbec. & Dd. comm. citationem requiri, (1) *arg. l. 2. §. 3. ibi: quoniam ob aliam causam venerit de jud.* (2) quia citatio non modò fit ad effectum comparitionis, sed & præparandæ defensionis. *N. 53. c. 3.* Wesenbec. *in fin. h. t.* Unde etiam citatus certum tempus habet deliberandi *d. N.* Obst. *l. 29. §. 2. d minor. Auth. si omnes. C. si minor. abst. hered.* Resp. excipi casus quibus nihil requiritur præter scientiam, ad quam præsentia nuda sufficit, nec ibi agitur de nova causa. Eadem ratio est, in aliis leviusculis. Conf. Bachov. *d. d. 4. th. 2. E.* Myns. 6. *Obs.* 6. *n.* 8. & *seqq.* Diss. Zœs. *h. n.* 19.

Et in notoriis.

Etiam notoriis) Nam (1) Citatio est de essentia processus, (2) si hæc omitti posset, tum etiam litis contestatio & sententiæ, (3) tanta vix est notorietas, nisi planè liquida sit, ut *in c. cum olim. de R. I.* præcipuè in facto, ut omnem exceptionem excludat. Vid. Bach. *d. disp. th. 8. A.* Gail. 1. *O.* 48. *n.* 2.

In omnib. actibus.

Singulis etiam causarum actibus) Jure Camerali sufficit una generalis citatio, quod sequitur Dicasterium Guelphicum provinciale, Fr. Br. Hoffg. Ordn. *t. 26. §. wir ordnen und wollen.* At secundum jus civile in omnibus actibus requiritur citatio specialis, per text. *h. all. add. l. 2. l. 7. C. quom. & quand. jud. l. 47. de re jud. l. 1. §. 3. quæ sent. sin. app. l. 27. §. 4. de arbitr.* Diss. Myns. 4. *O.* 33. & alii, etiam jure communi sufficere citationem generalem censentes, per *l. 3. C. qui accus. non poss. c. ult. d. dol. & contum. c. cum ex literis de integr. restit.* Verùm in *d. l. 3.* quidem habetur citandum esse accusatorem ad causam agendam: attamen non negatur,

si veniat & ulterius procedatur, eum amplius citandum. In *d.c.ult.* Pontifex litem jam diu motam inter duos Episcopos de primatu, celeriter in dicto termino voluit decidere, & propterea citavit ad omnia negotia peragenda. At vero *in c. cum ex literis.* hoc speciale est, quod citatus erat in longinquo loco. Diss. quoque Bachov. *ad Tr. h. th. 6. A.* Sed in *l. 1. §. f. quand. app. l. 1. 3. & ult. C. quom. & quand. jud.* quibus movetur, citatio non excluditur, propter *d. l. 2. & 7. eod. t.* Idemque *th. 8. B.* sibi contrarius, non diffitetur.

Quomodo sit initium litis.

Initium litis est citatio) Diverso respectu initium litis vel judicii est citatio, & litis contestatio: Illa si vocabulum litis aut judicii latissimè accipias pro toto tractu & mora litis, *§. fin. d. pen. sent. litig.* hæc si strictius, quomodo accipienda *l. unic. C. de litis contest. l. 15. rem rat. haber.*

Facit præventionē.

Præventionem) Hæc est quando ejusdem rei personæque jurisdictio penes judices plures est, seu concurrens, atque alter prius aditus & cœpit cognoscere, *arg. l. fin. §. 7. C. de re milit.* Vid. Zang. *de Except. p. 2. c. 3. n. 8. & cap. 12.* Eoque pertinet Senatus Aulici & laudati Dicasterii Ducalis Br. concurrens jurisdictio. Junge Divi Henr. Julii Declarationem de anno 1596. d. 18. sept.

Perpetuas jurisdict.

Perpetuas jurisdict.) Perpetuare jurisdict. est *eam sine intermissione continuare.* Fit autem hoc per citationem, non modò jure Canonico, *text. cit.* sed & jure civili *arg. l. 6. ibi: res geri cœpit. de jurisdict. l. 7. d. judic.* Conf. Mindan. *de proces. mandat. lib. 3. c. 5. n. 7.*

Jure præsertim pontif. per actionem) Perpetuari dicuntur actiones quæ tempore perituræ perpetuæ fiunt, ita ut deinceps durent. Sed Q. *an perpetuentur ita per litis contestationem, an verò per citationem?* Et licet A. de citatione & hoc affirmet, utroque jure, tamen rectius dicuntur *perpetuari actiones* per litis contestationem, (1) per *l. 1. §. 1. C. de ann. except. l. 16. de offic. præf.* (2) quod hactenus nulla reperiatur differentia inter jus civile & canonicum, *arg. c. 20. de off. & pot. deleg. c. 2. ut lit. pend.* Nec refragatur *l. fin. C. d. præscr. 30. ann.* loquitur enim non de citatione, sed de certamine actionis, h.e. de litis contestatione. Jung. Bach. *b.* In litem antem sic deductæ actiones & postea silentio traditæ, ad 40. annos perpetuantur, ex quo novissimum litigatores tacuerunt *d. l. fin. in fin. & l. 1. §. 2. in f. de ann. exc.* Juxta quæ nuper in Collegio Jurid. pronunciavimus, actioni motæ quæ per 33. amplius annos culpâ litigantium siluerat, non esse præscriptum. Neque mutant *l. 3. & 7. C. de præscr. 30 ann.* quia non sunt de actionis in judicium deductæ perpetuatione, seu productione, sed actionum, antequam v. c. in judicium deducantur, præscriptione. Add. Bocer. *6. disp. 3. th. 57.*

Non vero actionem sed litis contestatio.

Interrumpit longiss. temporis præscr.) Diss. hîc Dd. variè, ut videre est apud Gail. *1. O. 24. n. 22.* Verior autem est sententia, omnem omnino præscriptionem per citationem interrumpi, non modò longissimi temporis sed & 10. vel 20. annorum, *d. l. 2. l. 2. C. præscr. long. temp.* & triennii, *l. 2. in fin. C. ann. excep.* Vid. Wesenb. *infr. tit. de usucap. n. 15.*

Jure Saxon. si actor citatus) Hæc ad finem usque pertinent ad processum contumaciæ, de quo late Coler. *p. 1. decis. 104.*

TITULUS V.

Si quis in jus vocatus non ierit: sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.

1. *De quo vocante in jus, hoc edictum sit accipiendum: & quando impunè non pareat.*

Ut autem vocationi in jus sua constet vis & authoritas, prodita sunt aliquot à Prætoribus edicta, quibus sub comminatione mulctæ, necessitas parendi vocato imponitur. Ejus generis hoc est edictum, quo non modò eum, qui jure vocatus est, venire Prætor jubet, verum etiam qui injuria: puta si citatus sit is, quem ex edicto vocari non oportuit: *l. 2. hoc tit.* quod quidem ego sic interpretor, si ab eo, qui jus dicit, hoc est, qui pro tribunali solenni loco, statisque temporibus jus dicit, & superiorem magistratum gerit, *l. penult. supr. de just. & jur. Duar. Disp. ann. lib. 1. cap. 1. & 33. fac. l. 3. vers. si quis infr. ut quis eum,* vocatus sit. Est enim vocati, non contemnere authoritatem Prætoris, *c. 5 infr. de jud.* nisi major, aut par sit, aut ea conditione, ut venire propter causas edicto expressas non debeat: *l. 2. 4. supr. tit. 1.* quod si non a Prætore, sed ab adversario temerè & contra edictum vocetur, impunè licet non venire, *l. quamvis 11. supr. tit. 1.* Similiter, si quis citetur ab infirmioribus Judicibus, quorum jurisdictio ad certum territorium, certamque pecuniæ quantitatem est adstricta, ut dubitari non possit, qua de re notionem habeant: his extra territorium, aut supra jurisdictionem jus dicere volentibus, impunè non paretur, *l. final. supr. de jurisd.* At cùm Prætor, vel alius ordinarius & universalis magistratus in jus vocat, quia præsumptio est, omnem quemque in jurisdictione deprehensum etiam subjectum esse, *c. 2. de restit. spol. in 6. c. cùm Episcopus. 7. de off. ord. in 6. Panorm. num. 1. Imol. num. 3. in c. nimis, de jurejur.* ideò nisi planè evidentissimum sit, nullum citandi jus competere, ire ad vocantem, nec contemni ejus authoritatem oportet: ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio ejus sit, *l. 2. hoc tit. d. c. si quis, 5 de jud.* quod cum coram ipso exquiri velit J. C. facilè apparet, eum de casu dubio, non etiam notorio atque indubitato locutum esse.

2. *Exceptiones ab edicto.*

Si quis in jus vocatus non ierit, mulcta pro jurisdictione Judicis damnabitur, Rusticitati tamen hominis parcendum erit. Nam etsi rusticitas non excusat, alias in reverentia naturali præstanda, *l. 2. C. de in jus vocan.* qualis magistratui debetur: *l. 2. supr. de justit. & jur.* tamen quia citationis finis, est effectus comparitionis, *vide supr. tit. 1.* ideo ejus neglectio propriè ad magistratus injuriam non pertinet, sed ad rem litigatoris, *l. si quis id, 7. in princ. in verb. non quod, prout res incidit, ubi glo. de jurisd.* quare rusticitati Prætor mulctam remittit, *vide Jas. in l. 1. § final. si quis jus dicen. non ob.* quæ scilicet à dolo abest, *d. l. si quis id, cum sequ.* Item si nihil interfit actoris, eo tempore in jus adversarium venisse, remittit Prætor pœnam: puta, quia feriatus dies fuit, *d. l. 2.* quod & ipsum argumento est, ad pedaneos vel inferiores magistratus hoc edictum non pertinere, cum jus dicendæ mulctæ, quæ hic contumaci irrogatur, nullum habeant, *l. 5. C. de def. civit. l. 2. §. fin. infr. de jud. l. aliud, 131. §. fin. de verb. signif. d. Lucn. supr. si quis jus dic.*

3. *Hoc edicto partis actioni non præjudicari.*

Sane præter mulctam Judici dandam, si quis promiserit judicio sisti, & non stiterit, etiam in hoc tenebitur adversario: ut si nulla pœna certa adjecta fuerit, incerti ad id, quod interest, convenîri possit, *l. final.* quod tralatitium est omnibus stipulationibus incerti, *in princ. Instit. de verb. oblig. l. fin. de præt. stipul. l. ubi, 75. de verb. oblig.* Et hæc de prima hujus Tituli parte. Altera de eo, qui vocaverit eum, quem ex edicto non debuit, huc non quadrat: nec de ea hîc in Tit. agitur, sed in superiore.

OBSER-

O B S E R V A T A.

N. I. *Ejus generis est hoc edictum*) Vocatus in jus à privato vel ire debebat vel satisdare, vel etiam invitus rapi poterat, nisi esset persona edicto excepta, *tit. prae.* Poterat idem & mulctâ coërceri, de qua *l. 2. §. 1. h.* Ratio primi est obedientia magistratui omni jure debita. Equidem Wesenb. putat edictum loqui *de magistratu vocante* (non de privato) & quidem *majore*. Verùm rectior sententia est, esse *tantùm de privato vocante*, & quidem *ad ejusmodi magistratum, qui jus mulcta dicenda habet*, (1) quia ut ex praeced. apparet, olim privatus propria autoritate poterat in jus vocare, & ubi sic vocatus non veniebat, videbatur eo ipso contemni autoritas magistratus, *arg. l. 2. h. t. l. 5. de judic.* Quamvis enim ob contumaciam non comparentis lædatur is qui vocavit, *arg. l. ult. h. t.* tamen redundat ea etiam in contemptum magistratus ad quem erat vocatum, (2) hoc apparet ex altera parte tituli, ibi: *si quis eum vocaverit quem ex edicto non debuerit*, quæ non nisi de privato cui edictum illud propositum, intelligenda. Neque hæc frustra in rubr. adjecta sunt, ut putat Wesenb. *n. 3.* sed causâ limitationis, ut sensus sit, eum demum vocatum (à privato) puniri, qui ex Edicto vocari potuerit. Zas. *in parat. h.* Porro intelligitur hic tantùm magistratus jus mulctæ dicendæ habens, *arg. d. l. 2. §. 1. h. t.* ut sunt majores, & quib. ab his mandata jurisdictio, *arg. l. 2. d. jurisdict.* Unde vel per se patet, locum non esse edicto io vocato ad inferiorem & municipalem, *arg. l. 131. §. 1. de V. S.* Zoel. *h. n. 3.* Cæterùm illud hic Q. solet *an hodie vocatus ad magistratum omnino comparere teneatur?* Et rectè Wes. dist. *h.* Magistratus qui vocavit, vel *minorem aut parem* cum vocato habet jurisdict. & non opus est comparitione, *arg. l. fin. d. jurisdict.* vel is *major magistratus est* qui vocat; & tum vel *certum est vocatum subesse* ejus jurisdictioni, vel *certum est non subesse*, vel *de eo dubitatur*. Primo casu citatus comparere tenetur: certum autem est aliquem subesse jurisdict. non modò si subditus, verùm etiamsi subalternus jurisdict. inveniatur, ex præsumptione juris; ut sunt die Landsassen so intra fines & districtus vocantis gesessen/ darin behauset/ behoffet. Secundo casu comparitio non est necessaria, *arg. d. l. fin. jurisdict.* Tertio casu, vocatus comparere debet, ut appareat an vocantis sit jurisdictio, & veritas de hoc inquiratur, *l. si cum princ. si quis caut. judic. sisti.* & sic intelligi debent *l. 2. princ. h. t. & l. 5. d. judic.* Videlis D. Eberh. Speckhao Antecessorem olim Juliæ nostræ celeberrimum *a. cl. 4. q. 1.* Sed Q. *an hoc casu Magistratus hic etiam pronunciare possit in causa principali?* Dist. est. Vel magistratui illi *opponitur exceptio fori declinatoria*, vel *non*. Priori casu tum demum de causa principali cognoscit, si ante in puncto dilatoriarum pronunciavit se competentem: quod, si justa causa subsit, ob dubitationem competentiæ, licitè facere potest; Prius tamen lis de incompetentia per decretum est finienda. Altero casu rectè etiam in causa principali pronunciat, quia valet tum judicium, vel ratione probabilis dubitationis, *arg. l. de jure ad municip. l. 2. C. si advers. rem judic. l. 2. C. si contra jus vel util.* atque propter prorogatam consensu partium jurisdictionem. Cons. Gloss. *ad d. l. 2. h. t.* Gail. 1. O. 48. *n. 7. seqq.* Atque hisce in casibus hodienum utilis est hæc actio *personalis* (ex contumacia non venientis) *in factum prætoria, quæ datur ei qui vocavit* (olim privato, hodie magistratui) *contra contumacem, ad mulctam*. Potest etiam ex hoc edicto agi *ad interesse*, *l. fin. h. t.* si conventum, actione ex stipulatu; sin minus, condictione incerti, *arg. l. 2. l. 13. rem. rat. haber.*

Edict. est locum de privato vocante, ad mulctam.

Q. an vocatus hodie ad magistr. teneatur comparere. Dist.

Q. an is magistratus possit pronunciare in causa principali.

Actio ex hoc dicto quid; & ut hodie utilis.

T I T U L U S VI.

In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.

AN igitur Diomedea quadam necessitate, in jus vocantem omnino sequi oportet, nullâ auditâ, acceptâque excusatione? Et sane, quia concedendum est aliquid occupationibus hominum, atque ipsi humanitati: si is, qui vocatur, fortè sit occupatus, vel justa prætexat impedimenta, quò minus venire modò possit, satisdationemque judicio sisti certo aliquo commodoque die offerat, erit dimittendus: *l. neque. 22. in fin. supr. de in jus vocan.* adeo quidem, ut si non contentus fidejussore locuplete actor, in jus porrò trahere pergat, injuriarum teneatur, *l. 1. infr. qui satisdar. cogan.* Locuples autem pro rei, de qua agitur, quantitate, *l. 3. hoc tit.* & ex conveniendi facilitate æstimandus est: *l. 2. supr. tit.*, quod moribus nostris inde æstimamus si domicilium in territorio illius judicii habeat: & bona ibi possideat immobilia, *vid. infr. qui satisd. cogan.* Ab hac tamen regula, ob reverentiam excipiuntur necessariæ personæ, pro quibus quamvis data venia vocatis (ne obstet edictum, *sup. de in jus vocan.*) qualemcunque fidejussorem accipi Prætor jubet, veluti pro parente, vel patrono, *l. 1. 2. cum seq. hoc tit. l. 2. §. 2. infr. qui satisd. cogan* & c. cæteroqui pœnæ edicti de in jus vocando, locus erit, *l. pen. l. ult. sup. de in jus vocand.* Puto autem, hunc titulum tum demum obtinuisse, quum quis privatâ olim authoritate in jus rapiebatur. Nam vocante magistratu ordinario, equidem satisdando non liberatur vocatus, sed omnino venire habet necesse, *d. l. 2. supr. tit. 1. l. 5. de judic.*

O B S E R V A T A.

An igitur Diomedea) Evitabat vocatus non modò mulctam, de qua *tit. praced.* sed & raptionem, si vel ibat vel satisdabat. Edictum autem *h. t.* non aliud habemus quàm quod est in rubrica. Hinc nascitur actio *in factum prætoria, de fidejussore judicio sistendi causa dando l. 1. h. t.* (nam & hæc qualitas est ejusdem actionis, ut rectè notat Bachov. *ad l. 2. n. 3. in fin. h. t.*) *contra eum, qui necessaria persona vocatâ, qualis fidejussore dato non fuit contentus, ad pœnam 50. aureorum l. 2. h. t.*

Judicio sisti) Hæc cautio quoque hodie non est incognita, & exigi potest ante litem contestatam, *§. sed hodie I. de satisdat.* Vid. Oldend. *Class. 1. act. 6. n. 1.*

Fidejussore locuplete) Locuples quis dicatur satis explicat Wesenb. Illud notandum, quod in *l. 1. h. t.* sit regula, quod ab eo qui in jus est vocatus de judicio sisti locuples dandus sit fidejussor: cujus exceptio ibidem subjicitur his verbis: *Exceptis necessariis personis*. Verum Q. *an necessaria persona hic intelligatur in jus vocati, an in jus vocantis.* Hoc verius est, ut sensus sit, si quis vocet (data sc. venia) *personam necessitudine sibi junctam*, tum teneri eum accipere qualemcunque fidejussorem (1) *per l. 2. §. 2. qui satisd. cog.* (2) *per l. 1. l. 2. h. t.* ubi dicitur fidejussor qualiscunque accipi pro patrona, pro parente (3) quia, sicut vocans necessarias personas, iisdem in vocando reverentiam debet, & veniam petere *l. 13. in jus vocan.* ita & cum iisdem satisdare volentibus mitiùs agere, & qualemcunque fidejussorem admittere debet, Vid. Coras. 4. *Miscel.* 10. Dissl. Gloss. in *l. 2. h.* quæ personam necessariam intelligit vocati, q. sensus sit, qualemcunque fidejussorem accipiendum, dummodo is fidejussor sit ex necessariis ejus, qui in jus est vocatus. Vid. Bach. *ad d. l. 2. h. t.*

Locuples fidejussor non requiritur a necess. persona.

Quæ hic talis.

Vocatus etiam à magistratu liberabatur satisdatione

Magistratu ordinario) Putat liberari reum satisdatione de judicio sisti, si à privato sit vocatus: non vero si à magistratu, quod ad eum omnino sit eundum. *all. text.* Verum non absurde dicitur, ex jure veteri, & eum qui jussus est ad magistratum venire, per satisdationem hujusmodi liberari; cum magistratus nisi per consequentiam, nullum hic interesse verseiur: sed potius intersit vocantis, qui ob actionem quam habet, vocavit.

TITULUS VII.

Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.

1. *Ratio edicti.*

HOc edictum Prætor proposuit, ut metu pœnæ compesceret eos, qui in jus vocatos vi eripiunt. Etenim cùm populari olim more permitteretur, eum qui in jus vocatus neque satisdaret, nec ire vellet, invitum rapere: provisum est hoc pœnali edicto, ne ita raptum quis vi eripere & violare hac exemptione jus populi, *l. 4. in verb. quò minus quis in jus duceretur, ad l. Iul. de vi priva.* auderet.

2. *Quis dicatur eximere.*

Eximere autem videtur non modò, qui vi manibus eripuit, sed etiam qui quoquo modo moram fecit: quò minus in jus iretur, ut actionis dies exiret, & res tempore amitteretur, *l. 4. h. tit.*

In eum qui vi exemit, in factum judicium datur: quo non id continetur, quod in veritate est, quantumque damni propter exemptionem actor verè passus est: sed quanti ea res, de qua controversia est, ab actore jurejurando, ut volunt Dd. erit æstimata: *Bart. & Ias. in l. penul. §. 1. hoc tit. arg. l. si quando, 9. C. unde vi, c. fin. quod met. caus.* ut appareat, etiam si quis calumniator sit, calumniandique animo litem instituerit, tamen posse eum hanc pœnam persequi, & litis, quamvis temerè propositæ, æstimationem postulare, *l. 5. §. 2. h. t.* Non enim jus actoris, sed factum eximentis contra popularem legem, Prætor respicit & coercet.

3. *Qua datur ex hoc edicto actio, & contra quos.*

Unde etsi plures sint, qui deliquerint, in singulos hoc judicium dabitur, manente nihilominus eo, qui exemptus est obligato, *l. 5. §. fin. hoc tit.* Singuli enim ex delicto suo in solidum obligantur: *l. si quis, 7. cum l. seq. sup. de jurisd.* Unde cùm solvunt pœnam, non liberant reum principalem: quia non ejus, sed suo nomine: nec illius obligationem aut debitum, sed suam quisque pœnam ex suo facto & hoc edicto debitam dissolvunt, *l. fin. h. t.* Porrò mirandum non est, tam gravem eximenti imminere mulctam, qui jus populi temeravit: cùm lege etiam Julia de vi privata teneatur, si concursum & cœtum, quo minus quis in judicium perduceretur, faciat: *l. 5. ad l. Iul. de vi priv.* benigna tamen J.C. interpretatio ad eos tantùm casus, de quibus præcipuè loquitur, severitas hujus edicti restricta est.

4. *Qui excipiantur edicto, & contra quos non detur hæc actio.*

Unde Otilius rectè putavit, locum huic actioni non esse, si persona, quæ in jus vocari non potuit, exempta est: ut pater, patronus, &c. Magis enim deliquit qui vocavit, quam qui exemit, *l. 1. & 2. h. t.* Eademque moti æquitate, censuerunt idem esse in eo, qui alio quam quo debuerat, vocatus est, & cui jus sit ibi non conveniri: *d. l. 3.* item in servo, *l. 3. h. t.* quia frustra vocatur, quando cum illo agi nequeat: *tot. tit. C. quis lege person. stam* etsi accusari possit, *vide inf. de accusat.* Idem juris etiam est in eo, qui licèt exemptus esset, nihilo minus perductus in jus est, *l. 5. §. docere, h. t.* quoniam verba cum effectu sunt accipienda, *l. 1. ¶ 1. quòd quisque jud. l. 5. §. docere, h. t.* Quin etsi quis ad pedaneum Judicem vocatum eximat, pœnam hujus edicti cessare vult Ulpian. *l. 3. §. 1. h. t.* quia edictum propriè loquitur de eo, qui in jus vocatus est. In jus autem vocari dicitur, qui ad Prætorem, vel tribunal ejus, qui jurisdictioni præest, vocatur: *l. 4. § fin. de inter. act.* unde ad alios Judices minores, quorum tanta non est dignitas, pœnale hoc judicium non est facile extendendum. Hoc autem judicium hæredibus dabitur, si intersit, puta si jus eorum sit factum deterius, *l. 4. verb. in actionis, h. t.* tunc enim, quia damnum datum est rei familiari, actio quasi rei persecutoria ad hæredem transit, quamvis etiam pœnam contineat: *l. 1. de priv. del. l. 1. §. emanc. de collat. bon.* alias autem non transit, quando tantùm ad vindictam sed datur, & pœnam, *l. pen. § 1. h. t.* sicuti nec reliquæ injuriarum actiones, *l. si enim, 10. § qui injuriarum, infr. si quis caut.* cùm nec in bonis sint, *d. l. 2. §. emancipatus,* lite needum contestatâ, *l. un. ubi vid. C. ex delic. defunc.* Cæterum neque in hæredem, nec post annum dabitur: *l. 5. § fin.* quia respectu rei pœnale est. Et hoc quidem obtinet in eo, qui vocatum adversario eximit.

5. *Affinia remedia: eorumque ab hoc edicto differentia.*

Sunt autem & alia remedia prodita in eos, qui Judici, ejusque satellitio, vel custodiæ quem eximere non verentur; nam ad idem obligatur, quod reos principalis, si damnatus fuisset, dependere cogeretur, tam in causis civilibus, *l. quoties, 3. C. de exact. trib. lib. 10.* quam criminalibus: *l. 4. C. de custo. reo.* neque modò civili jure, verùm etiam Saxonico, *Land. lib. 1. art. 9. ubi Zobel distinguit.* Quod si quis etiam capitis damnatum eximat, aut privatim interficiat, eum volunt quidam majestatis reum esse, & capite plecti: *l. 4. ubi Bart. ad l. Iul. majest. Iaso. in l. 3. ¶ quod prætor, num. 12. hoc tit. per l. fin. C. de malef.* quod alii admittunt, cum summi Principis violatur majestas & jurisdictio: in reliquis inferioribus pœnam arbitrariam in quocunque modo eximentes sufficere arbitrantur, *Fab. Iaso num. 102. 107. in § pœnales, Instit. de act. & in d. § quod prætor, num. 12. per l. 4. l. 9. de cust. reor. Guid. Pap. quæst. 579. Socin. de cit. art. 34. num. 32.* Et huic quoque affine edictum, quod paulò pòst proponitur, notans eum, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat: *infr. tit. 10. de eo, per quem fac. erit.* Sed hoc coercetur, qui non satisdantem, & ideo ad tribunal protractum, vi eximit manibus ducentis: illo verò, qui fecit, quo minus eo indicto die & tempore se sistat, ille qui satisdedit antea, & hac cautione à manus injectione se liberavit. Hoc edicto vis coercetur, illo dolus. Ex hoc agit tantùm is, qui in jus vocavit: ex illo non tantùm actor, si fortè jus ei minutum sit eo facto, sed etiam reus, quatenus interest ejus, pœnam non esse commissam. Hoc meram pœnam persequitur actor, illo quod interest: hoc singuli delinquentes in solidum tenentur, illo solutio unius liberat alios. Hoc notat eum, qui impedit actorem, quo minus ad judicium needum institutum ducat: illud eum, qui impedit reum ductum, per cautionem liberatum, quo minus cautioni pareat, judicioque convento jam antea & constituto ducatur, *vide Cujac. lib. Observ. 10. cap. 10.*

OBSERVATA.

Quid actio ea h. edicto.

N. III. *In factum judicium*) Est enim hæc actio *in factum Prætoria, personalis* (*ex delicto eximentis contra jus populi*) *data illi qui vocavit* in jus (h. e. non ad judicem in judicium, sed in jus ad Prætorem *l. 3. §. 1. h.*) *contra eum qui exemit, ad id quod interest vocantis.* Non enim multa hic dicitur in eximentem, sed illi qui vocavit contra eximentem pœnalis actio est *l. 5. §. 3. h.*

Datur ad pœnam jurejur. æstimandam.

Jurejurando) Juratur hic in litem, ita ut actor æstimet id quod interest (quod hîc pœna) pro suo arbitrio, judex taxet & idem deinde actor hoc juret, *Nov. 82. c. 10.* Probatur hoc (1) *arg. l. 9. C. und. vi & cap. fin. quod met. ubi damnum ex delicto datum æstimatur ab actore, & facta à judice taxatione, sacramento asseritur.* (2) *Per verba: quanti res est ab actore æstimata in l. 5. §. 1. h. t. quia semper opus est juramento ubi ab ipsa parte rei venit æstimanda, Glos. ibid.* (3) *Speciale id hoc loco est propter vigorem judicii conservandum, & contemptam magistratus autoritatem. unde etiam ipsum saltem factum eximentis inspicitur.* Glos. *ad d. l. 5. §. 1. h. t.* Atque hanc sententiam etiam tuetur Bachov. *ad Tr. 1. disp. 21. th. 12. G.* Idem tamen *in Comm. ad d. l. 5. n. 1. h. t.* ab eadem videtur divortium facere (1) *quod videatur absurdum, careatque exemplo, ut in pœnali actione, in litem juretur* (2) *sit absurdum, actorem qui calumniari aliquando videatur, d. l. 5. §. 1. h. t. admittere ad juramentum in litem* (3) *quod id genus juramenti fere deferatur ob contumaciam rei non restituentis.* Et his addi potest (4) *quod Ulpian. in d. §. 1. non de re æstimanda sed æstimata loquatur: ut proinde non intelligatur hic æstimatio quæ fit per jusjurandum in litem, sed illa quæ in libello ab actore petita est;* Verum hisce non attentis Wesenb. sententia adhuc verior est. Et resp. ad (1) *regulariter* quidem in pœnali actione, in litem non

jurari,

jurari, at *ob justam causam* id aliquando fieri posse. Exempla sunt *in d. l. 9. C. und. vi & c. fin. quod met.* In (a) disting. est inter *jus vocantis & factum eximentis d. l. 5. §. 1. in fin. junct. l. ult. h. t.* Quoad illud contingit aliquando calumniari vocantem, non verò quoad hoc: & datur hæc actio saltem *ob factum* & in respectum eximentis, *d. l. 5. §. 1. in princ. h. t.* Quod itaque aliquando detur calumnianti, id *per accidens* est, quando sc. is cui exemptus vocatus, *si jus agendi ejus respicias*, calumnietur. Quod (3) opponitur, juris ordinarii est, *l. 2. d. in lit. jur. l. 68. d. R. V.* quippe excipiuntur actiones stricti juris, in quibus re morâ extinctâ (ubi ad restituendum agi nequit) in litem juratur extra ordinem, *l. 5. §. fin. de lit. juran.* ut casu *d. l. 9. C und. vi & fin. quod met.* Et adest hic ratio specialitatis, ut scilicet autoritas magistratus conservetur. Denique ad ultimum resp. aliud revera esse *rem in libello propositam*, aliud *id quod interest*. Illa in hac actione non attenditur, quia datur etiam rem ex calumnia petenti. E. nec & res æstimatur, & aliàs sequeretur, calumnianti hanc actionem non competere. Accedit quod pœnam & nudam vindictam contineat hæc actio. E. non attenditur res in libello æstimata.

N. IV. *Hæredibus dabitur si intersit*) Actio pœnalis regulariter datur hæredibus, excepto casu si *injuriarum actio* sit, vel similis *§. 1. de perp. & temp. act.* quo etiam hæc refertur. Ideoque non aliter datur hæredibus, quam si ipsorum intersit, puta, si dies interea exiverit, aut res, ad quam persequendam defuncto jus competebat, perempta sit, *l. 4. pr. h.* Jung. Oldend. 1. *act. 5. n. 4.* & Bachov. *in not. h.*

Hæredibus datur.

Quia respectu rei pœnale) Verior est & simplex ratio, quia actio hæc pœnalis, ut pluribus rectè docet Bach. *hic.*

Non contra hæred.

N. V. *Quod alii admittunt*) Q. *an qui capitis damnatum vinculis eximit, committat crimen læsæ Majestatis?* Dist. Wesenb. inter *summum Principem*, & inferiores; ita ut tantum illius prædicto modo violetur jurisdictio, indeque ex L. Jul. Majestatis teneatur, *arg. l. 8. de custod. reor.* Nec obst. *l. 4. ad L. Jul. Majest.* intelligenda enim est ad subjectum, de eo qui habet Majestatem. Nec etiam officit *l. f. C. de malefic.* cui nulla mentio læsæ Majestatis. Add. *infr. de effract. n. 1. de custod. & exh. re. n. 5.* Heig. 1. *q. 22. n. 6.*

Q.

TITULUS VIII. *C. 257.*

Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur.

QUia diximus eum, qui in jus rapitur, si vadari paratus sit, dimittendum esse, & cum æquam conditionem jure repudiari non oportere: & quoniam aliàs etiam in judiciorum ingressu satisdationes sunt necessariæ & usitatæ: *Instit. & C. de satisd.* ideo videamus nunc, Qui & Quomodo satisdare cogantur. Nec enim omnes uno modo caveot. Alii enim satisdare coguntur, alii jurato tantùm promittunt, alii nudæ suæ promissioni relinquuntur: ut ex ipsa hujus Tituli inscriptione colligi potest.

1. Ordo & divisio tituli.

Satisdatio eodem modo appellata est, quo satisfactio: nam ut satisfacere dicimur ei, cujus desiderium implemus: ita satisdare adversario nostro, cùm pro eo, quod a nobis petiit, ita cavemus, ut eum hoc nomine securum faciamus, datis fidejussoribus, *l. 1. Hyp in rub de fidejuss. nu. 26 vide gloss. in l. 1. C de fidejuss §. 2. Instit. de off. jud.* Porro satisdatio respectu causæ efficientis aut necessaria est, quæ a Lege vel Magistratu imponitur: aut voluntaria, *l. si fidejussor, 7. cum l. seq. hoc t. l. interdum, 10. rem rat. hab.* quæ ex conventione debetur. Necessaria, ut de sistendo, de qua hoc titulo agitur de se præsentando, *l. 1. ubi Jas. si quis in jus voc. l. 1. ubi Bart. de custod. reor.* de non offendendo, *Bart. in l. illicitas, 6. §. ne potentiores, de off. præs. Felin. in rubr. de treug.* De lapidando, *d. l. si fidejussor, 7. l. in omnibus, 41 de judic.* de expensis, *auth. generaliter, C. de Episc. & Cler. §. excludendas, in Auth. de litigio,* & similes, *vide infr. rem rat. hab. judic. sol. Ut legat. nom. Rem. pu. sal &c.* Voluntaria: ut quæ ex conventione contractibus apponitur, *d. l. interdum, 10. rem. rat. hab.* Deinde ratione formæ alia dicitur satisdatio, quæ fit datis fidejussoribus aut pignoribus, *l. e. hoc tit. l. promissor, 21 § fin. de constit pec.* alia cautio juratoria, quæ fit per jusjurandum: *l. fin. hoc titul.* alia cautio simplex, quæ fit nuda promissione, *l. satisdationis, 61. de verborum signific. vide l. 2. Cod. eodem titulo.*

2. Quid sit satis, datio, & quotuplex.

Efficiens causa est Prætor, qui satisdationum jus introduxit, *In pr. inst. de satisd. in ver. verba edict.* & nolentem satisdare cogit, aut missione in possessionem bonorum, aut, si de re mobili litigatur, rei ipsius ablatione, *l. 7. § fin. hoc titul.* Deinde voluntas litigatoris conventi, & fidejussorum pro eo ex edicto repromittendum. Porro omnes, qui conveniuntur, etiam filiifamilias, nisi disertè a lege vel suæ promissioni, vel jurejurando relinquantur, satisdationem præstare debent, *l. filiusfamilias, 14. hoc titul.* quæ & ipsa renovanda est interdum, si fortè prior evanescat, *l. 8. § si fidejussor. hoc titul.* vel medio tempore pro lapsis in insignem calamitatem fidejussoribus, reddatur inutilis, *l. si ab arbitro, 10. hoc titul.* Actores autem jure civili veteri non satisdant, *in princ. Instit. de satisd.* sed novo satisdare coguntur, *Auth. generaliter, C de Episc. & Cler. §. ad excludendas, in Auth. de litig. Auth. libellum, Auth. quod fieri, C. de lit. cont. Spec. de satisd. §. 1.* ut & procuratores eorum: *§. sin autem, inst. eod.* de qua satisdatione paulò pòst commodius, *ad tit. de procur. & rem rat. hab.* At jure Sax. *vide Clul. in prac. c. 46. cum seqq. Landrecht lib. 2. art. 9.* ab hoc duntaxat, non etiam a reo, cautio pro expensis, & tuitio (quam guarandam vocant) exigitur, *vide Reinhard. diff. jud. 2.* Causa προκαταρκτικὴ, est petitio partis: nisi enim petita sit, decerni a Judice satisdatio non debet: *l. Pomponius, 40. §. ratihabitionis, de procur. Hipp. in prac. crimin. § nunc videndum, num. 3 per l. 4. § hoc judicium, de damn. infec. l. ita, 13. C de procur.* Ea autem petitio ante litem contestatam facienda est. Nam cum sit dilatoria, post litis contestationem non auditur, *d. l. Pomponius, 40. § ratihabitionis, de proc. d. l. ita demum, Zobell. Land. lib. 2. art. 9.*

3. Causa efficiens quomodo, quos prætor ad satisdandū cogat.

Materia, circa quam versatur satisdatio, est dies judicii status: de quo antiquitùs quoque conveniri solere, lex XII. Tab. indicat: SI STATUS DIES CUM HOSTE FUERIT, VENITO. *Cic lib. 1. Off.* Materia, qua constituitur satisdatio, sunt propriè fidejussores, *d. l. 1.* & ex interpretatione, pignora, *gloss. & Dd. hic in l. 1. verb. fidejussoribus, per l. 1 § jubet, 7. de coll. bon. & in l. prætoria, 7 de prætor. stipul. §. sin autem, Instit. de satisd.* sicut etiam hodie usurpatur. Porrò omnibus in causis satisdatio admittitur & præstatur: an verò etiam in causis criminalibus, est explicatum, *inf. de cust. reor.* & satisdatio sufficiens esse debet, *l. a. h. t.* quæ satisfaciat accipienti: unde τὸ ἱκανὸν λαβεῖν τι. *Act. 17. 9.*

4. Materia circa quā, & qua satisdatur.

Forma olim erat, ut de die ponenda, assignandave, qua judicio stetur, inter litigatores conveniat: & stipulatione interpositâ, vadimonium, de sistendo ea die cum a litigatore convento, tum pro ipso à fidejussoribus promittatur. Quòd si de die ponenda conveniri nequiebat, in potestate stipulatoris, id est, actoris erat, diem assignare, ne quâ tergiversante reo, & alium atque alium diem, minus actori commodum fraudulenter deligente, ad elabendum fenestra aperiretur, *l. interdum, 73. de verb. oblig.* moderato tamen spatio de hoc a Judice statuenda, *l. de die 8. h. t.*

5. Forma.

6. *Qualiter hodie caveatur.*

Novissimo jure, qui à judice litis causa citatur, debet initio satisdare, se usque ad finem in lite permansurum: *§. sed hodie inst. de satisda. Auth. libellum. Auth. quod fieri. C. de lit. contest.* cui effecto convenit, quod hodie omissa satisdatione plerisque locis cogantur litigatores domicilium intertitorio, ubi agitur, eligere, unde citari, & nisi respondeant pro contumacibus haberi judicarique possint: quæ certè contumacia, in reo quidem apud Saxones tanti est, ut abrupta cognitione secundum actorem pronuncietur: *Chil in prac. c 46.* in actore vero, ut ab instantia judicii reus absolvatur. Apud Saxon tamen hæc satisdatio non tam est usurpata, quam illa, qua actor duntaxat (non reus) pro expensis & reconventione satisdare cogitur, *vide Chil. praal. loco.*

7. *Qualis fidejussor dari debeat: & an pignora sufficiant.*

Fidejussor autem judicio sistendi causa Locuples dari jubetur, non tantum facultatibus, ut satis & idoneè habeat in bonis, pro magnitudine rei, quam actor postulat: *l. quos nos hostes, 234. §. 1. de verb signif l. si arbitrio. in h. t.* sed etiam conveniendi facultate: *l. 1. in princ. hoc tit.* ne præscriptione aliqua fori causam adversario difficiliorem faciat: *l si fidejussor. 7 in princip. hoc titulo.* quamobrem nec mulier rectè adhibetur, propter exceptionem Velleiani: *l de die 8. § 1. h. t. l. 3. de fidejuss. l. 1. ad S. C. Vell.* Neque miles, quia ex privilegio militari fidejussione solvitur, *d l. de die. §. 1. h. t. l. milites. 31. C. de loca & con.* nec minor, propter beneficium restitutionis in integrum, *d. l. de die § 1. & 2. h. tit.* nisi hæ personæ in suam rem fide jubeant, neque ita valide & efficaciter obligentur: *d § 1. & 2.* neque servus, *d l de die §. 5.* quia personam legitimam standi in judicio non habet, *l. 1. C. de pri. imp. off. & tit. C. qui leg. pers. stan.* Quaquidem in parte ne quid fraudis struatur, arbitri ad probandos fidejussores idonei constitui solent, qui si in alterutram partem iniquum judicium dixisse videbuntur, querela ad competentem judicem deferri per provocationem potest, *l. si ab arbitro in l. arbitro. 9. hoc tit.* Et hæc quidem in genere vera sunt. Cæterum Prætor quasdam personas excipit: ut parentes, patronum, filium, uxorem nurum, &c. in quibus pietatis & conjunctionis intuitu, qualemcunque fidejussorem judicio sistendi causa vult accipi, *l. 5. §. 2. hoc t. l. 1. & 2. sup. t. 2.* Sed utrum plures fidejussores dandi sunt, an unus sufficiat? Sanè quantumvis pluraliter leges interdum fidejussores exigant, *l. 1. l arbitro. 4. cum. l. seq. h t.* tamen verius est, unum idoneum & locupletem sufficere in civilibus: *l. 1. 3. 4. 5. §. 1. 7. h. t.* nam in causis criminalibus, pro qualitate delicti & personarum plures exiguntur, *Maran tract jud. de satisd. n 7.* Illud etiam quæstionis est, an pignoribus satisdari possit? Quod utut in contractibus olim liceret, *l promissor 21. § fin de const pecun. l. § jubet. de collat bon. l. 5 §. pen quor. legat* tamen in prætoriis stipulationibus hujusmodi satisdationem non sufficere arbitror, *l prætoria. 7. de prætor stipulat l. 1 verb datis fidejussoribus, h. t.* Nam prætor non tantum, securitatis causa satisdationem exigebat (prout fit in contractibus, *in prin. inst. de fidejuss.*) sed etiam ob facilitatem conveniendi, *l 1. si quis in jus voc* facilius autem olim à fidejussoribus exigi debitum poterat, quoniam ante principalem rectè compellabantur, *l. 3. & 1. t. C. de fidejuss.* quàm a pignoribus: quæ non semper emptorem inveniunt, & nisi varia circumductione non distrahuntur, *tot. tit. ff. & C. de distr pigno & C de jur dom impetr.* Sed hodie cum nec fidejussores, nisi principali excusso conveniantur, *Auth præsente C de fidejuss* receptum est etiam pignoribus, puta depositione pecuniæ in judicio caveri posse: *gloss & Dd in l. 1 h t. & in d. l prætoria 7 & in §. fin autem. inst. de satisd. ubi Fab glo. & Bald in l. si à creditore. 7. C. de actio & obli. per. l. 4. C. qua res pign.* quod admittendum arbitror, in actionibus exceptis, pro quibus rei bona sunt pignori tacite, obligata: ut in judicio tutelæ, dotis, *vide infr. in quibus caus pign. tac. contra* &c. Hic enim suis rebus reum cavere non posse certum est, cum non plus sit in cautione, quam in principali actione.

8. *Finis satisdationis.*

Finis satisdationis est, ut actorem hoc nomine securum faciamus, datis fidejussoribus, *d. l 1. h. t.*

9. *Effectus, & ad quid fidejussor conveniatur.*

Effectus est, quod qui satisdationem offert, non possit violenter in jus pertrahi: *l si vero 5. §. 1. hoc. tit.* item quod procurator qui satisdedit, sit loco domini: *l. Titius. 76. de procu.* quod satisdationem petendo vel præstando, nemo videtur in judicem consentire, *l. sed etsi. 32. § fin de jud. Ias. in l. si convenerit, num. 21. de jurisdict.* Quantum verò ad fidejussorem attinet, Effectus satisdationis hic est, ut in fidejussorem, qui aliquem judicio sisti promisit. qui non stitit, tanti quanti ea res est, actionem Prætor polliceatur: nempe ut in veram actionis quantitatem, sive petitæ rei æstimationem teneatur, nisi pro certa quantitate accesserit: alioqui pro ea quantitate, quæ actione comprehensa est, spopondisse intelligitur: quamvis eam deberi needum appareat. *l 3 h t l. si de eo per quem feceris,* non tamen etiam se obligasse ad totam litis veritatem: & omne illud quod aut per sententiam judicis, aut per inficiationem perque moram vel culpam rei accedere potest, *l. 2 §. fin. h. t. l. cum, 8 infr. de eo quod cer. loc.* Jam reliquas hujus tituli partes paucis absolvamus.

10. *Qui jurato promittant.*

Jurato promittunt nonnulli ob Dignitatem, *vide Novell. 2. de exhibend reis. Novell 112. de litigios.* ut illustres, *l. penult. C. de dig. lib. 12. ubi gloss.* Senatores: *Harmenop lib. 1. tit. 5. de abjura* plerique propter necessitatem, nimirum hi, qui nec ab onere satisdationis liberantur, neque tamen fidejussores invenire idoneos possunt. Ne enim per difficultatem inveniendi differantur judicia, & paupertas debitoris obstet agenti, quo minus jus suum maturè consequatur: ideò jurejurando reus relinquitur, ut illud pro satisdatione præstet. *l fin. h t l 4. C. de usufru §. 1. Inst. de satis l non cogendum. 45 infr de procur.* nedum in civilibus, sed etiam interdum in criminalibus, *§ necessarium, in Authen ut null jud. Par. de Put in tract. Synd. in verb fidejussores, cap. 1. Boss. tract crim. tit de cave fidejuss. numer. 72.* Nam cum exigitur cautio, talis peti videtur, qualis à reo præstari potest, *gloss. in cap. ex parte, 23 ad verb pro contumacia, de verb. signif.* Ad impossibile nullus enim obligatur: *l. impossibilium, de reg. juris.* & interest actoris, ejusmodi cautionem recipi, alioqui procedi ulterius in causa principali non posset, Ut autem procedatur, nec per has dilatorias causationes mora impedimentumque rebus agendis creetur, magis interest actoris, jus suum persequentis, quam rei, qui fugere ac extrahere litem quantum potest, solet. *l properandum, 13. §. 5. C. de judic.* & cujus bono omnis cedit dilatio. Si tamen suspectus de fuga sit reus aut peregrinus, non facile cautioni juratoriæ committi, sed potius arrestari debet, ut revera cautum esse possit agenti. *l. levibus, ubi Bartol. num. 8 C de agric. lib 11 Alb in l. si fidejussor. 7. § ult hoc tit. Curt in l unic. numer. 56. C. de pro sequ & ibidem Salic. num 10. Innoc. in c. præterea, de except Mynsing observat. 10 Cent. 2 fin. Bald. no in l ultim. C de ord. cognit. vide gloss. novam Land. lib 2, art. 5.* Contra quoque non recipi quidam putant moribus nostris, ab actore in criminalibus juratoriam cautionem, post editam constit. Imperii 14. quæ fidejussores exigit, aut incarcerationem imponit: quanquam id antea fuerit apud Saxones admissum, *Chil. in pract. cap. 47 num. 2 author. Diff diff 40. 41 in fine.* nec video cur generali jure hoc speciale abolitum videri debeat: & alioqui pauperes ob inopiam cautionis, desistere accusationibus, & persequendis suorum injuriis cogerentur, nisi in defectum aliarum satisdationum hæc ab iis reciperetur: quam esse pluribus sententiis receptam, & rectè quidem, meminisse possum. Hujus autem juris jurandi duo sunt ex more capita: Primum, ut litigator juret se fidejussores invenire idoneos, quamvis summa adhibita diligentia, nequivisse: deinde, de quibus cavendum erat, ut ea sanctè se facturum, staturumque judicio repromittat. *Chil in prac cap 46 post glo in §. necessarium verb. judicii. in Auth. ut null. jud. per illum text.* Quod apud Saxon. propter anceps perjurium ita temperatum est, ut tantum juretur de credulitate, scilicet, se credere, quod etiam adhibita diligentia, per fidejussorem aut pignora cavere non possit, *vide Alexand. l. num. 14 hoc tit. Chilian cap. 46.* Cui quidem cautioni si non stent. Illustres & Senatorii, plectuntur pœnis lege ordinatis: *l penult. C. de dignitat. lib 12.* reliqui causa cadunt, ex constit. quadam Græca. quæ desideratur, *ad tit. C. de custod reor ita Cujac in l. 2 C. de reb. credit. fin.* Quod apud Saxon. ante litem contestatam in omnibus reis contumacibus tralatitium est: post non item: quanquam perjurium extra ordinem, *l. ult. ubi Dd. de crimen stellion,* & vel digitorum quibus juratum est, amputatione, *Ord Imp. cap. 107, 108, 299 gloss Sax. art. 9. lib. 3.* soleat etiam puniri.

11. *Qui suæ promissioni relinquantur.*

Suæ promissioni committuntur, qui res immobiles in territorio, *vide Ias. in l 7. §. 1. num. 8 hoc tit fin. §. sed hodie Institut de satisd* ubi litigatur, possident: *l. secundum, 15. hoc tit.* nam cum pro prædibus prædia sufficiant, quorum in possessionem mittatur actor, si reus vocationem in jus aspernetur: *l. hæres absens. § 1 de judic. tot tit de bon. Auth. jud.* meritò alia cautio ab his non est requirenda in civilibus, (nam secus interdum in criminalibus, *ut in d l secundum, 15 num. 3. in 10. limit. h t. Salic in l denunciamus, nu. 2. C de his, qui ad Eccles. conf. vide infr. de custod reor.*) sed sufficit nuda de sistendo promissio, interpositâ scilicet stipulatione, *§. si scriptum, Inst. de inutil. stipul.* Itaque quod alicubi receptum est, ut ejusmodi possessor hoc nomine bona sua omnia pignorare expressim cogatur, supervacuum videtur, nec plerisque Sax. locis servatur: cum absque hoc prætorium pignus in his ex contumacia facilè induci possit. Possessorem autem accipimus, qui suo jure & irrevocabiliter jure directi, utilisve domini possidet, non usufructua-

fructuarium, aut creditorem, *d.l.sciendum*, ¶ 1. Sed quantum opus est possideri, ut quis pro idoneo possessore habeatur? Equidem arbitror satis esse, si jure civili pro quantitate & æstimatione rei petitæ, *gloss in d.l.sciendum, pr. verb. compelli, & in §. sed hodie, Inst. de satisd.* Jure Sax. quantum uno Vuergeldio æstimari potest, possideatur. *Land. li. 1. art. 5. Chil ca 47. Fach. diff. 40. Romb. parte ult. diff. 29.* nisi causæ magnitudo, & personarum qualitas, majorem summam & æstimationem exigat, quod arbitrio Judicis examinandum relinqui, tutius est. Dominum possidere sufficiat, quamvis procurator inops sit, illius enim, non hujus res agitur, & in ejus bona fit missio & executio. Contra procuratorem eadem ratione possidere non sufficit: nisi pro domino, qui nihil immobilium ibi possideat, se ut vadem interponat. Jure nostro nedum in loco judicii, sed etiam propinquo ejusdem territorii possidere sufficit: moribus Saxon. non item: quia cautio reconveniendi in eodem foro facultatem, alioqui lege patria præclusam inducit: ut idonea videri nequeat, nisi in eodem foro præstetur: quod in judiciis Provincialibus obtinet, in reliquis sufficit sub eodem Principe bona possideri, licet non in eodem judicio, nec opus est oppignoratione bonorum immobilium, vel consensu Judicis, sub quo sita sunt, *const. 5. part. 1.* etiamsi hanc cautionem oppignorationis requirat hic Bart. & communis schola. *Ias num. 6. in d.l sciendum. 13. h. t.* Imo quod amplius juratoriam etiam cautionem ab hoc exigunt, *glo. 1. Ias. praall. loco, post Fulgos. & alios, in d. l. sciendum, per l. ult ubi glo. verb. adjuratoria C. de prim. agen. in reb. lib. 12.* sed contraria, Bart. Ang. receptior est, *in d. l. sciendum, quam testatur Ias. ibidem num. 0. communem, Chil d. ca. 46. de const. 5. part. 1.*

OBSERVATA.

III inter præpar. jud. Satisdatio.

N. I. *In judiciorum ingressu*) Sequitur III. inter prima judiciorum eminens *satisdatio*, ad quam omnes ferè pertinent tit. seqq. ad tit. *edend.*

Ambig. voc. caut. satisdat.

N. II. *Quo satisfactio*) Synonima videntur *satisfactio, cautio, satisdatio, securitas.* Verùm notandum, quod vox *cautionis* vel *ἀσφαλείας latè* significet *satisfactionem*, quæ fit pignoribus, vel etiam fidejussoribus, *arg. l. plus cautionis d. R. I.* & aliàs dicitur

Cautio.

Cautela, ut *in l. 15. §. 1. de procurat. l. 21. d. judic. l. 14. depos. l. 6. d. pign. act.* Namque hæc omnia descendere ex principiis cautionalibus ut securiores reddamur, manifestum est. In *specie* verò *cautio* dicitur illa, quæ tantùm fit nuda promissione, non verò quæ fi-

Satisdatio

dejussoribus, nisi specialiter hoc scriptum inveniatur, *l. 3. C. de Verb. sign. Satisdatio*, latè denotat cautionem, quæ fit *pignoribus vel fidejussoribus l. 21. §. fin. de const. pecun. l. 49. in f. de solut. l. 1. §. 9. de Collat. bonor.* At in specie & *propriè* securitatem quæ tantum fidejussoribus, *arg. l. 1. h.* (maximè cum refertur ad Prætorias stipulationes, unde pignoribus in vicem satisdationis quis defungi non potest, *l. 7. de prætori stip. l. 1. l. 3. §. 1. si cui plus quam per L. Falcid. l. 4. §. 8. de fideicom. libert.*) & nudæ cautioni *l. 1. §. 5. de prætor. stip.* atque promissioni opponitur, *rubr. h.* Strictissimè tamen aliquando & repromissionem seu *nudam promissionem* denotat, *l. 61. de V. S. l. 2.*

Satisfactio.

de hered. vend. Generalior adhuc est vox *satisfactionis*, quæ significat vel solutionem, *l. 5. ut in poss. legat.* vel pignoris fidejussorisque exhibitionem *l. 52. d. solut. l. 19. de cont. emt.* vel aliam securitatem *l. 21. §. fin. de const. pecun.* Hoc tit. de satisdatione non omni agitur, sed in primis de certa ejus specie, quæ fiebat à vocato in jus coram Prætore *de judicio sisti.* Wesenb. tamen hac occasione omnia, ut solet, congerit, nec pauca confundit.

Satisd. necessaria & voluntaria

A causa efficiente) Causam satisdationis (latè) facit A. vel *jussum magistratus*, vel *conventionem privatorum*, indeque satisdationem, ex illo necessariam, ex hac voluntariam *per l. 7. §. 1. h.* Ubi notandum, quod necessaria κατ' Ἐξοχὴν talis, quia nec hæc voluntatem litigantium excludit. Wesenb. *h. n. 3.* Vid. Bach. *ad Treutl. h. disp. 5. th. 1. B. verbo. à lego.*

Cautio de nō offend. quotuplex.

De non offendendo) Hæc quadrifariam accipitur, (1) quæ datur à re rei *l. 1. de damn. infect.* (2) quæ à re personæ *l. qui bona §. quidam. eod.* (3) quæ à persona rei; ut si quis metuat ne alter possessionem suæ rei violenter invadat, *l. si super possessione. C. de transact.* (4) Quando persona personæ cavet, de qua Herculan. *tr. de Cautione de non offendendo.* Utque hæc ultima (quæ in specie vocari sic solet) obtineat, tria requiruntur, (1) Ut quis metuat injustam & violentam offensionem; (2) Ut alter exequi soleat minas, (3) postuletur hæc cautio: Et tunc offendens in carcere detineri potest, donec caveat, vel per fidejussores vel per pignora, *arg. l. 4. si cui plus quam per L. Falcid.* P. H. O. *art. 176. ubi* Steph. & Zieritz. Adjuratoriam enim, nisi volente adversa parte, non admittitur. Conf. Gail. 1. *de P. P. c. 2. n. 1. & 2.*

Quando fiat personæ a persona.

Causa eff. satisd. Lex

N. III. *Efficiens est prætor*) At Wesenb. hic agit non de prætoria satisdatione, sed de satisdatione in genere. Indè rectius dicitur, hujus causam effic. esse Legem, SCtum, aut aliud vim Legis habens, *l. 2. de usufr. ear. rer. l. 5. de hered. petit.* ut statutum, consuetudinem *l. 4. de custod. reor.* Idem docet *in par. C. h. n. 9.* Nec officit *princ. I. de satisdan. & l. 2. §. ult. verbo. dat. h. t.* R. enim aliud esse dare actionem, aliud introducere. Dat prætor actiones, quando civiles actiones edictis suis explicat & approbat. Introducere autem est noviter formare. Ita introducta est satisdatio jure civili.: & Prætor jus satisdationum applicavit ad judicia & approbavit *arg. l. 33. §. 3. de procur. l. 1. depos.* Quoad cætera in *h. n. 3.* vid. Bachov. *in not.*

Cautio in genere quomodo fiat.

N. IV. *Sunt propriè fidejussores*) A materia cautionis judicio sisti specialis, hic statim (ut ferè per tot. tit.) dilabitur A. ad generalem. In thesi Cautio potest fieri, vel fidejussoribus vel pignoribus, *supr. n. 2.* Idque verum de cautione *conventionali*, (qui enim in contractibus fidejussorem dare tenetur, is dando pignora liberatur, *l. 59. in fin. mandati arg. l. 25. R. I.*) Item *legali*, quæ ipso jure civili introducta est, *l. 21. §. fin. de const. pecun. l. 4. §. 8. junct. l. 2. de fideic. libert.* In hypothesi cautio judicialis seu prætoria ordinariè fit tantùm fidejussoribus: per pignora verò, per repromissionem nudam, aut juratam promissionem (ut & h. t. (ubi quidam saltem promittunt, quidam cavent jurato) extra ordinem, *arg. l. 1. §. 9. de collat. bon. l. ult. §. 3. quod legat. Auth. generaliter. C. Episcop. & Cler. l. pen. C. de dignit.* Probatur hoc (1) per *text. all. n. 2.* (2) quod Prætoriæ cautiones ut plurimum super eo quod interest (incertæ æstimationis) interponantur. Indeque pignora non sufficiunt, quia quæ ac qualia deponenda sint, sciri nequit, eademque multis casibus obnoxia, tædiosam custodiam requirunt.

Quomodo judicialis. sc. regulari fidejussoribus.

Vid. Bachov. *ad Tr. h. th.* 2. *A.* ubi id latè exponit. Et hoc jure quoque novissimo adhuc obtinet, per *Nov.* 53. *c.* 2. *&* 3. *Nov.* 112. *c.* 2. Moribus autem ferè in universum ista fidejussoribus satisdandi necessitas scrupulosè non attenditur. Wesenb. *par. C. h. n.* 2. Atque ita illud, quod *hodie in arbitrio actoris esse, utrum fidejussoribus an pignoribus cavere velit*, dicunt Menoch. *de arb. judic. qu. cas.* 42. *n.* 3. Gail. *de Arrest. c.* 3. *n.* 4. *& seqq.* Zang. *de Except p.* 2. *except.* 21. *n.* 17. de consuetudine universali, rectissimè interpretatur Christoph. Besold. *in delib. h. t. n.* 9.

Secus ac hodie.

Omnibus in causis) Imò etiam in causis summariis, & executivis, item quando parentes adversus liberus in judicio experiuntur, *l.* 2. *§. Prætor ait h. t.* ubi Bart. & Jason. *n.* 1. Qoin & in matrimonialib. ut respondimus in Fac. Jund. versus Brunsvigam, anno 1642. d. 25. Sept. quoad cautionem actoris de refund. expensis &c. *arg. auth. generaliter. C. de episcop & cler. auth. libellum, C. de lit. cont. c. calumniam. de pœn.* Mich. de Milliat. *cons. matr.* 18. *c. n.* 17. Diss. Beust. *de spons. p.* 1. *c.* 22.

In quib. caus.

N. VI. *Novissimo jure)* Illo alia est cautio judicis, actoris, rei, advocati, procuratoris. *Judex* olim in singulis causis jurejurando cavebat *l.* 14. *C. de judic.* hodie in initio officii, nam tunc quasi mandatur universitas causarum. *Actor* hodie cavet, (1) intra duos menses à tempore porrecti libelli se litem contestaturum, *Nov.* 96. *c.* 1. (2) se ad finem in judicio permansurum, (3) de expensis, in casum si in lite succumbat, refundendis, & de reconventione, *Auth generaliter C. de Episc. & Cler.* Ex quibus ultima saltem usu servatur, si petita. *Reus* cavet judicio sisti & judicatum solvi *l.* 46. *§.* 2. *de procur.* *Advocati* etiam olim in qualibet lite cavebant: *Procurator actoris* vel apud acta constitutus est, præsente scil. actore, & non præstat cautionem rem ratam haberi, *l. un. C. h. t.* vel non; & eam præstare tenetur, nisi mandatum habeat, *l.* 1. *C. de procur.* *Procurator rei* præstat cautionem judicatum solvi, *d. l.* 46. *§.* 2. *eod.*

Cautio fit & in causis summariis.

Actor.

Reus Procurator.

N. VII. *Sed utrum plures)* Verùm *unus locuples* sufficit, & in civilibus & criminalibus, (1) quia leges locupletem unum admittunt qui citra injuriam non potest recusari, *l.* 2. 3. 4. *l.* 5. *§.* 1. *h. t.* (2) *leges* non videntur respexisse ad numerum, sed ad cavendi *modum*, (3) fidejussores requiruntur favore partis, ut ei rectè consultum: at æque bene, si non rectius, cautum per unum, sc. locupletem, qui exigitur, *dd. textib.* (4) in criminalibus sponsio non fit in alium finem, quam ut si reus se non sistat, vel etiam judicatum (pœnam sc. pecuniariam) non solvat, fidejussores eam pendant, at hic finis in uno locuplete obtineri potest. Conf. Bachov. *ad Tr. h. th.* 7. *eh.*

Satisdatio nō requirit plures fidej. sed unus idoneus sufficit, etiam in criminalibus.

An pignoribus satisdari) Antevertimus hoc explicate *sup. n.* 4. Neque obstat quod jure *auth. præsente. C. de fidei.* fidejussores demum excusso principali conveniantur, adeoque cesset hodie facilitas conveniendi; Resp. enim facilitatem conveniendi non esse veram causam quare requirantur fidejussores, sed illam quàm dedimus *d. loc.* & quod securior sit duos ejusdem pœnæ habens debitores, pignoris autem constitutio novum debitorem non faciat. Vid. Bach. *d. d.* 5. *th.* 2. *A.*

N. X. *Illustres)* Jurant illustres quando non habent bona immobilia in loco judicii, *l. quoties. C. de dignit.* Quod permittitur etiam magistratui, *l. un. C. ut omnes jud. post admin. depos.* & aliis *in l.* 12. *C. de proxim sacr. scrin.* Verùm quod illud hodie praxis non observet, sed fidejussores dandi sint, cessetque nunc *d. l. quoties.* testatur Clar. *rec. sent. §. fin. q.* 46. *vers. sciat.* Quod tamen non videtur sufficere ad mutationem juris inducendam, cum Clarus de usu Italiæ loquatur, & quandoqne in criminalibus locus sit juratoriæ cautioni, sc. Wesenb. *h.* Conf. Bachov. *d. d.* 5. *th.* 2. *h. V. quod tamen.* Cæterum ad cautionem illam tunc demum quis admittitur (1) si vitæ integritate sit conspicuus, seu aliàs probæ existimationis, & non suspectus de fuga, (2) si juret se nec pignora habere posse, nec fidejussores idoneos: *N.* 134. *c.* 9. *N.* 112. *c.* 2. Gail. 1. *O.* 148. *n.* 6.

Qui caveant jurato

Quomodo.

N. XI. *Qui res immobiles)* Agitur hîc de illis, *qui nuda sua promissione committuntur, h. e. qui nec fidejussores dare seu satisdare, nec jurare tenentur.* Ejusmodi aliis sunt Clericus, Monachus, diaconissa, *Nov.* 123. *c.* 21. *§.* 2. (quæ agit de satisdatione à vocatis in jus præstandâ) quo & referri posse videntur Pastores & ministri Ecclesiæ. Verùm illi cum hypotheca cavent, *d. c.* 2. Excipitur *l.* 26. *§.* 1. *C. de Ep. & cl.* Rectiùs tales dicuntur possessores rerum immobilium.

Qui nudè promittant. Clerici Possessor immobil.

Nam secus interdum in crim.) Imò *sec. art.* 12. 𝔓. 𝔋. 𝔒. licet accusator habeat bona in loco judicii, tamen minimùm expressa eorundem hypothecatio requiritur. Exigitur enim cautio prædiis & prædib. sive fidejussoribus, mit bürgen caution, bestand und Sicherung. *d. art. ubi*: Steph.

Exc. in accusat. criminis.

Possessorem accipimus) Pertinent hæc ad explicationem decantatæ *l.* 15. *h. t.* quæ tamen est saltim de promissione *de judicio sisti*: item quandu cui *super alia re* quàm de illa quam possidet, controversia movetur: nec non quando qnis possidet immobilia, *in loco judicii, vel ejusdem provinciæ, arg. l.* 7. *§.* 1. *in st. d. l.* 15. *§.* 1. *ibi: qui in agro vel civitate h. t.* Aliter autem quam in materia possessionis accipitur possessor *in d. l.* pro eo, qui *ita rem immobilem possidet, ut per eam satis cautum*, seu ut explicat. A. qui jure directi utilisve dominii possidet. Ideoque Prætor hîc non respexit possessionem nudam, per se consideratam, *sed magis jus illud in re, propter quod quis possidet & quatenus illud habile est, ut ab onere cautionis possit relevare*; Nam illud in quo aliàs possessionis in se consideratæ essentia consistit, (detentio) hoc præstare non potest. Ratio prædictæ legis est, quod possidens immobilia, *non facile præsumatur laturus aut discessurus*, & si fecerit, creditor facile in bonorum possessionem immittatur. Ita hic est possessor (1) dominus directus seu nudus proprietarius: (2) plenum dominium habens: (3) Emphyteuta: (4) superficiarius: (5) vasallus, domini utiles: (6) qui precariò concessit, (7) mulier, quoad fundum quem marito dedit in dotem, (8) tutores pupillorum ratione in jus vocati, quia dominorum vice funguntur, *l.* 15. *§.* 1. 3. *&* 5. *h. t.* Extenditur autem hoc ad illos qui actionem *realem* habent, *arg. l.* 15. *de R. I. l.* 143. *de V. S.* item qui *annuos reditus*, & res *mobiles pretiosas* possident, aut negociationem in tabernis exercent. *arg. l.* 22. *C. de adminst. tut.* Vid. Zang. *p.* 2. *de except. c.* 21 *n.* 36. Jacob. Scultes *Obs. pract.* 19. Non verò habetur *hic* pro possessore Usufructuarius, creditor qui actionem personalem habet *d. l.* 15. *§.* 1. 2. 4. *h. t.*

l. 15. h. de qua cautione agat

Quis h. possessor.

Ratio d. l. 15.

Quis non pro poss.

Quamvis procurator inops sit) Possessio bonorum immobilium, etiam procuratorem à satisdatione relevat, nec enim hujus conditio deterior esse debet, quam ipsius principalis, cujus causa agitur, *arg. §. fidejussor. de fidejuss.*

Jure nostro) h. e. jure communi, sufficit bona immobilia possidere vel *in loco judicii*, vel in loco *ejusdem provinciæ* seu territorii: unde si necessaria sit satisdatio, nec possit eam reus præstare ubi convenitur, potest audiri si illam præstare paratus sit in alia ejusdem provinc.

Ubi bona debent esse sita.

vinc. civitate. Puta, si fiat nudâ promissione apud magistratum rei sitæ, eaque in scriptis judici causæ (quod utile) exhibeatur, *arg. l. 7. §. 1. h. t. junct. l. 15. §. 1. ibi: in agro vel civitate. eod.*

Q. an opus sit oppignoratione.

Nec opus est oppignoratione) Possessores Immob. *sua promissioni relinquuntur*, ex sententia receptiori A. *h.* sed diss. Dd. variè. Et exinde (1) hic Q. *an qui immobilia possident, teneantur sua bona specialiter oppignorare?* Rectè negat Wesenb. (1) quia sufficit nuda promissio *in rubr. h. arg. l. 1. §. 6. de prætor. stipul.* (2) *d. l. 15. h.* illam oppignorationem non urget, sed potius *in f.* dicitur quod possit quis post cautionem (nudam) vendere, nec hoc obsit: at si requireretur oppignoratio, non posset postmodum res vendi seu alienari. Diss. Jason. *in l. 1. h. n.* 10. per *l. fin. C. de Princip. agent. in reb. l. 7. in fin. ut legat. vel fideicomm. serv. causa cav. l. ult.* §. 3. *C. de administr. tut.* Sed Resp. (1) *substantia credi* ibi nihil aliud esse quàm *relevari possessores ob substantiam bonorum*. Eoque magis, quia ibi dicitur, quod præstanda sit cautio juratoria, ergo præterea non gravandus est possessor onere oppignorationis *arg. N. 112. c. 21.* (2) *d. l. fin.* §. 3. loquitur de alia specie cautionis, hic verò saltem quæstionem esse de judicio sisti. Add. Bach. *d. th.* 2. *C.* Quin Bart. *in d. l.* 15 *n.* 7. fatetur usu non observari illam oppignorationem. Add. tamen Bachov. *d. th.* 2. *C.* distinguentem inter caut. de jud. sisti (cui sufficit nuda promissio per quam tollitur fugæ suspicio) & alias, quib. præter possessionem immob. & alia, cautio requiritur, ut *l. 26. §. 6. C. de Ep. aud. d. N.* §. 2. & similib.

Q. an opus consensu jud. & oppignoratione sitæ alibi rei.

Vel consensu judicis sub quo) Intellige de casu *quo quis in loco judicis quidem non habet bona, sed tamen alibi in eadem provincia*, tum enim Q. *an opus sit oppignorare ea bona consensu judicis, sub quo sunt, & consensum insinuari in loco ubi litigatur?* Jure Saxon. illud negatur, & satis expeditum est, per *all. const. 5. p. 1.* Jure communi id affirmari, *l. 7. ut legat. vel fideic. serv. & l. ult. §. 3. C. de admin. tut.* atque ita sentire Jasonem *in l. 1. n. 20. h. t.* dicit Berlich. 1. *concl. pract.* 20. *n.* 51. Verum Jason *d. l. 1. n.* 20. *ut & in l. 15. n. 6.* nihil aliud dicit, quam videri, quod iste qui possidet alibi bona immobilia, saltem debeat bona sua oppignorare, de consensu verò judicis, sub quo bona sita, in ea provincia, & an consensus iste debeat in judicio causæ insinuari, ibid. nihil est. Ad prædictas autem leges jam respondebimus.

Q. an opus caut. jurat.

Juratoriam etiam cautionem) Q. (2) *an in possessorib. immob. requiratur & juratoria cautio.* Aff. Accurs. *in l. 15. h.* & Jason. *ibid. n. 6.* Contrarium statuit Bart. *in d. l. 15. n. 6. eod.* & Angel. *ibid.* quorum sententiam rectè dicit Wesenb. *h.* receptiorem. Equidem movetur Gloss. *l. fin. C. de princip. agen. in reb. l. 12. C. proxim. sacr. scrin. l. quoties. C. de dignitat.* Verùm *l. fin.* (licet Jason. *d. n. 6.* putet ibi esse textum, ut ait, inevitabilem) commodè accipitur in sensu diviso, (ut singula singulis respondeant) ita, *ut Princip. agentium in rebus, licet bona habeant in sacratissima urbe (Roma) aut in provincia, ad juratoriam cautionem: & substantia bonorum credantur*, h. e. *si immobilia possideant, releventur propter bonorum substantiam ab onere satisdandi: si verò non, demum ad juratoriam cautionem admittantur.* At *d. l. 12. & l. quoties.* manifestè agunt de casu quo quis bona immobilia non possidet, ideoque huc non pertinent. Conf. Bart. *in d. l. 15. n. 7. h. t.* Cæterùm (3) adhuc alii sunt, putantes in poss. immi. *utrumque requiri, & oppignorationem & cautionem juratoriam*, quos sequitur Illico Umm. *d. 7. de proc. n.* 26. sed rectè eos refutat Hilliger. 23. *Don. en.* 9.

Q. an & oppign. juram.

Atque hinc lucem accipit quoque affinis Quæstio: *Si à forensi, pro arresto relaxando, in judicio domicilii præstetur cautio pignoratitia, de judicio sisti & judicatum solvi, & exhibeatur in judicio causa, an petente adversario insuper præstanda cautio juratoria?* Affirmant Berlich. *d. p. 1. concl. 77. n. 25.* & Coler. *de proces. Execut. p. 3. c. 11. in fin.* per *l. 33. § in hac C. de Episcop. & Cler.* Verùm cum ibi nil quicquam de eo constituatur, verius est, præter cautionem quæ pignoribus in loco domicilii facta est, juratoriam non requiri; quod alterutra (quæ fidejussoribus fit vel pignoribus) sufficiat, *arg. N. 123.* §. 2. & nemo sit onere duplici gravandus. Atque sic non attentâ Coleri opinione, in Facultate nostra juridica in causa Leneckers contra Ziegenhirten versus Herfordiam pronunciatum memini.

TITULUS IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

SAtisdationes, de quibus modò dictum est, *in causa noxali* præstitæ, facilè poterant olim eludi: nimirum, servo post vadimonium promissum forte in potentiorem, aut eum qui in foro promissoris conveniri non poterat, alienato. Nam cum noxa sequeretur caput, *l. 2. in pr. hoc tit. § omnis, Instit. de nox. act.* liberabatur prior dominus, satisdatione ad nihilum recidente. Cui subterfugio, hoc edictum veluti obicem Prætor opposuit: SI QUIS EUM, DE QUO NOXALIS ACTIO EST, JUDICIO SISTI PROMISERIT: IN EADEM CAUSA EUM EXHIBETO, IN QUA TUNC EST, DONEC JUDICIUM ACCIPIATUR: hoc est, donec aut ipse judicium, tanquam principalis, nomine servi subeat, litemque contestetur (quo facto servum, utpote jam litigiosum, amplius alienare non potest, *l. 2. C. de litigios.*) aut servum dedat noxæ: quorum utrumvis facere cogitur.

O B S E R V A T A.

Cautio in jud. noxali.

In causa noxali) Cautio de judicio sisti fit vel de *libero homine* vel de *servo*. Et de hoc, quando dominus ob delictum servi convenitur actione noxali. Cum autem dominus, præstita licet cautione, conditionem actoris facilè posset reddere deteriorem, servum alienando (tum enim idem dominus amplius actione noxali non poterat conveniri, quod noxa caput sequebatur, atque ita elusoria fiebat cautio servi nomine antea præstita) hinc servi sistendi nomine alio modo cavendum erat, quam in judicio directo. Edicto itaque

Act. quid hic.

h. t. voluit Prætor (1) ut in *eadem causa* sisteret dominus, (2) in qua est *donec judicium accipiatur*. In eadem causa autem sistit, quando jus actoris interim non factum est deterius *l. 1. §. 1. h. t.* & non in eadem causa, ut si actio amissa sit, veluti quando dominus in exhibendo moram fecit, & e. g. injuriarum actio noxalis, quæ anno finitur, interim sit elapsa. Licet autem servus noxæ fuerit deditus, in eadem tamen causa sisti videtur, ex sententia Pauli *in l. 2. h. t.* Debet autem in eadem causa sisti usque dum *judicium* accipiatur, sc. per litis contestationem, malè enim Glos. *h.* per judicium sententiam accipit) quod tum servus factus litigiosus nequeat alienari. Conf. Accurs. & Bach. *ad ll. h. t.*

TITULUS X.

De eo, per quem factum erit, quò minus quis in judicio sistat.

1. *Quando, cui, adversus quos, ad quid, actio ex hoc edicto datur.*

Effectus satisdationum hic est, ut sive per alium, sive culpa promittentis, judicio statum non sit, pœna consequatur. In primis igitur, si quis impedit aliquem judicio sisti, æquissimum putavit Prætor, dolum ejus coercere. Fecisse autem dolo malo non tantùm is putatur, qui suis manibus, vel per suos tenuit: sed qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne judicio sistat: sive scientes, sive ignorantes, quid esset, quod committeretur. Dolum malum etiam accipimus, si quis venienti ad judicium aliquid denunciaverit triste: ut mortem filii, propter quod is necesse habuerit ad judicium non venire, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Datur autem hæc actio non modò actori, verùm etiam reo, si non ab actore (nam adversus hunc non habet reus actionem ex hoc edicto, cùm contentus esse possit exceptione, si ex stipulatu conveniatur ad pœnam, quòd ad judicium non venerit, *l. 1. § si reus 3. h. t.*) sed ab alio fuerit impeditus, *d. § si reus, l. 3. infr. tit. 1.* Hac actione continetur, Quanti interfuit vadimonium obitum esse: hoc est, quantum est judicio petitum, *l. 5 § fin.* Quamobrem si plures dolo fecerint, omnes quidem tenentur: sed si unus præstiterit pœnam, cæteri liberabuntur, cùm amplius nihil intersit: *d. l. 2. §. si plures*, aliter atque in edicto illo, quo in Vi eximentes vocatum pœna durior, & quidem in singulos solida est constituta, propter præbitam seditioni concussionibusque materiam, & jus publicum violatum, *supr. ne quis eum, qui in jus voc.* Itaque interest inter illud, & edictum præsens. Illud in factum exemptionis conceptum est: hoc in machinationem dolosam. Illud datur contra eum, qui citationis jus publicum impedivit: hoc in unum, qui satisdationem privatam. Illud ad pœnam, quæ ex delicto debetur: *l. 4. de priva.* quod cum omnes in solidum obliget, *l. adeò, 8 de jurisdict.* non mirum est, unius pœna alterum non liberari: at hoc ad utilitatem & interesse actoris datur, *l. pen. infr. tit. 12.* quæ actio cum sit rei persecutoria, meritò unius solutio omnes liberat, *l. 2. & 3. de duob. re.* cum bona fides non patiatur bis idem exigi, *l. bona, 57. de reg. jur.*

OBSERVATA.

Sive per alium, sive culpa promittentis) Qui in jus vocavit, vocato se non sistente, plures habet actiones. Nimirum (1) contra reum (2) ejus fidejussores actionem ex stipulatu, vid. *tit. seqq.* (3) contra impedientem, actionem ex hoc edicto; Est autem hæc *in factum Prætoria, personalis* (*ex delicto*) *rei persecutoria, competens* (1) *actori contra eum qui dolo malo hominem qui satis dederat in judicio sisti, impedivit,* (2) *quandoque & reo contra tertium qui* eum impedivit, ad interesse.

Quid actio ex h. ed.

Utilis est 1) quod sit in arbitrio stipulatoris, an suum interesse velit persequi, hac actione, an verò contra fidejussorem vel reum agere. (2) In casu necessitatis, v. g. si impedito vocato interim actionis tempus sit elapsum *l. 3. h. t.* aut si cautio de judicio sisti sit facta tantum jurato, aut à possessoribus immobilium per nudam repromissionem.

Ejus utilitas.

Dolo malo) Est quidem ex dolo & delicto, attamen non pœnalis, quia saltem datur quanti interest, *l. 1. §. 4. l. 3. princ. h. t.* Nec *O. d.* §. 4. ubi pœna dicitur soluta. Resp. enim pœnam dici respectu persecutionis. Quippe *omnes rei persecutoriæ sunt, quibus persequimur quod nobis abest ex nostro patrimonio, quod nobis debeatur* (atque ita adsit alii) *ex conventione vel ex delicto.* Pœnales quibus id petimus quod nobis ex patrimonio non abest ideoque nec adest alteri. Quod itaque pœna dicitur hic id quod solutum, illud fit respectu rei. Cæterum persecutoriæ, aliæ sunt ex conventione, ut pleræque in §. 16. *de act.* aliæ ex delicto, quo pertinet hæc nostra qua agens persequitur quod sibi abest.

Est rei persecutoria ex delicto.

Aliquid denunciaverit triste) Obst. videtur *l. 1. §. 2. verb. quamvis h. t.* Nemo enim debet esse tam credulus, ut tristia denunciata statim vera putet. Resp. (1) credulum illum quidem levem culpam committere, *arg. l. 3. §. 9. de in rem vers.* non autem dolum, cum credulitas sit ex ignorantia & culpa, 2) particulam quamvis *in d. l.* non denotare correctionem: At tristitia illa denuncians dolum committit, ideoque rectè ex hoc edicto convenitur.

Expl. l. 1, §. 2. h.

Verum etiam in reo) Regulariter competit hæc actio actori stipulatori; in reo disting. vel is impeditus est ab ipsomet actore, vel à tertio. Illo casu contra actorem non habet hanc actionem, quod ejus non intersit *arg. l. 1. §. 3. h. t.* ideoque conventus ex stipulatu, potest opponere exceptionem ex hoc edicto. Hoc casu actio competit, *d. l. 1. §. 3. h. t.*

Quomodo reo detur h. actio

Cæteri liberabuntur) Vera & solida ratio est, quod actio hæc licet ex delicto descendat, sit rei persecutoria, non pœnalis, & pœna hîc res quæ abest. Conf. Bach. *in not. ad Wes. n. 4. ne quis eum qui in jus.*

Quomodo contra plures.

TITULUS XI.

Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis, non obtempera-verit.

1. *Quomodo, & ad quid promissor & fidejussores teneantur, si statū judicio non sit.*

Porrò si litigator ipse cautionibus judicio sistendi causa factis, consultò & de industria non obtemperet, neque vadimonium obeat: committitur stipulatio tam adversus reum principalem, quam ejus fidejussores. Et quidem ubi certa quantitas vice ejus, quod actoris interesse potest, stipulatione, ut plerunque fit: *l. fin. de prætor. stipul.* comprehensa est: ad illam certi condictione ex stipulatu agetur: sin autem simpliciter promissum, satisdatumque sit, incerti condictio in id, quod interest, competet: cujus quidem æstimatio refertur ad illud tempus, quo sisti promissor debuit, non ad id, quo agitur, quamvis desierit actoris interesse, *l. qui autem, 12. hoc titul.*

2. *Quis non videatur sisti.*

Sisti autem non videtur, non modò is, qui vadimonium omninò deserit, sed etiam, qui non in eadem causa sistitur, ita ut actori persecutio deteriore sit loco futura, *l. si quis 11. hoc titul.* unde qui novo fori privilegio utitur, non videtur in eadem causa sisti: *l. qui autem novo 12 hoc titul.* quòd actoris conditio præscriptione fori reddatur in agendo durior, *l. 1. & 3. infr. de alien. jud. mut. caus. fact.*

3. *Quæ causa excusationem istam pariant.*

Et hoc quidem modo desertum vadimonium vindicatur, nisi fortè reus justam præbeat causam, (debet enim probare, *& in exceptionib. 19 de probat. Cod. gloss. lat. Land. lib. 1. art. 38.* saltem juramento, *Balan l. 1. nu. 5. C. de dilat. Ias. in § sed ista, num. 54. & 94. Instit. de act. & in l. 2. h. tit. Fach. diff. 39* cum omnis absentia & emansio dolosa & contumax esse præsumatur, *l. fancimus, 13. in fin.*

ubi

ubi Cast num 12. C. de jud gloss fin. in c. 2 de dol. & cont. in 6.) quam ob rem judicio non sistit, aut actoris nihil omnino intersit. Nam si de negotio, propter quod satisdatio obita est, transactum sit: an ridiculum non foret, finito negotio, de vadimonio disputare? *l. 2. hoc tit.* Quid si nulla ea parte jus actoris sit factum deterius, puta, quia ipse non venit, quia Judex operam litigatoribus dare non potuit, quia causa eodem est in statu? certè æquitas suggerit, ut exceptione reus adjuvetur, *d. l. 2. l. 8. vid gl. & Dd. in c. 4. de dol. & cont. lib 6.* Quid si publici, necessariive muneris causa sine dolo suo malo impeditus, verbi gratia, legatione, *Bart. in l. 1 num. 2 de diver. & temp præscr.* non stitit? *d. l. 2 §. 1.* si a suo magistratu, aut carceribus inclusus, *l. 9. 10. ex quibus caus. major. gl & Dd. præsertim, Imol. in l. si qui reus, § de pub. judic.* aut alioquin retentus? *d l 2. § fin.* si respubl. causa abfuit? *l. si is qui fidejussorem, 6 h tit Land lib. 2. art. 7.* si prohibitus valetudine, *l. quæsitum, 60 de re jud* tempestate, vi fluminis, *Bart in l. 1 de diver. & temp. præscri. Cano. in c quærelam, de procur. c. cùm dilectis, de dol & cont.* præsentiam sui facere nequivit? *l. 2. § si quis judicio cum sequent l. 6 hoc tit.* Quid si procuratoris aut constituti advocati mora impedimentove dies judicii deseratur, *c. 1 ubi gl. ad verb. advocati, extr ut lit non contest* nec subitò alium idoneum litigator ad manum habere queat? *de quo l. 4 C. de postul.* an horum factum nocebit litigatori, cui nihil imputari potest? *c prout, de dol. & cont Jas. in d. l. 2. § si quis judicio, num. 11.* In ejusmodi igitur casibus, excusationes justæ admitti, pœnæque judiciali ea æquitate eximi, cum ipse promissor, *l. contumacia, 51 de re judica* tum ne per aliorum latus lædatur, *l. quod dictum, infr. de pac.* fidejussores ejus debent, *l. 4 in princ. & 1 fin. l. 6. 7. 9 10. §. fin. h tit.* Nam si quis dicat impediti esse, procuratorem mittere, & pro in nullam excusationem admittendam: is fateatur se momenta rerum & temporum haud quaquam satis ponderare: *vid. Dd. hoc ad l. 2. & in l. 1 C de dilat. Canc in c. 1. de dol. & con: lib 6. Bart in l 1 de diver. & temp. præscrip D. Reinhart. judicia, diff. 31. per art 49. lib. 1.* cùm in rebus subitis nec præstò semper sit, cui causa delegari commodè possit: & ea plerarumque litium sit natura, ut nisi longâ maturâque cognitione perspici, & exactè teneri à procuratoribus non queant. Nisi igitur aut prævideri potuit, aut diuturnum sit impedimentum, consentaneum est, nihil esse, quare quis alienæ fidei suam invitus causam committere debeat, *Dd in d l. quæsitum, 60 de re judic. c. prout de dol. & cont. Jas in d l. 2. § si quis judicio, num 11.* Illud etiam admonendum, olim post 30. a deserto vadimonio diem, Prætorem missionem etiam in bonorum possessionem, quotiescunque hoc nomine peteretur, decrevisse, *l. 2 Quib ex caus in poss ea, Cic pro Quint. Cuiac. observ. libr. 5. cap. 30.* quasi reo latitante, *l. satisque, 19. de in jus vocan. vide Cuiac. obs. lib. 10 cap. 10.* nec enim peremptoria edicta, pœnæque bis annexæ, ante litem contestatam obtinebant, *l. & tertium, 70. de judic l. contra 14 de re judicat. Cuiac. d. c. 10.* Quod moribus nostris contra se habet: jure namque Sax. ejusmodi, qui ex edicto non sistunt, Judici ad mulctam (quanquam nec hæc frequentatur) parti adversæ ad interesse tenentur, *art. 53. lib 1.* & peremptoria, pœnæque bis annexæ, nempe litis amissio, solum ante litis contestationem vim habent; pòst non item: nam tum non comparens utilitate termini duntaxat mulctatur, & caret.

O B S E R V A T A.

Quomodo promissor teneatur ex certa quant. si non statum judicio.

N. I. *Ubi certa quantitas*) Si enim certa quantitas promissa, in hanc tenentur certi condictione, fidejussores, sive minoris sit sive pluris, h. e. sive sit infra eam quantitatem, quam debet reus, sive supra, *l. 4. §. fin. vers. nam & Julianus h. t.* Et hoc rectè, quia fidejussores non spondent, pro summa debita, sed pro facto de sistendo.

Ut si nihil cum promissam et incert. cond.

In id quod interest) Quanti sc. reverâ interest actoris reum interfuisse judicio, eo tempore & die, quo debuit sisti, licet tempore instituta actionis interesse desierit. Quippe jam semel efficaciter quæsita est actio. Conf. Glos. *in l. 12. §. 1. h. t.*

Excusant impedimenta sed probentur.

N. II. *Probet*) Quia facti est impedimentum, ergo non præsumitur: Iodeque Deput. Reces. anno 1600. §. wie woll auch alle *prorogationes*, constitutum, quod termini prorogationes (idem in dilationibus) nisi probato impedimento, nach bescheinigung/ concedi non debeant. Quamvis observantia fort aliud edoceat in plerisque judiciis, ubi ad simplicem neque apertè frivolam allegationem dilationes, termini, prorogationesve pleræque conceduntur.

Exempla alia.

In ejusmodi igitur causis) Adde morbum sonticum, etiam conjugis, liberorum, si funus eo tempore deducendum, bellorum motus & hostilitates, pestis periculum.

Nec subito) Rectè. Carentia enim aut morbus advocati vel procuratoris non excusant nisi probentur, & facilè alii nequeant haberi.

TITULUS XII. C. 3. 12. 11.

De feriis & dilationibus, & diversis temporibus.

1. Continuatio.

SEd etsi feriæ inciderint, aut dilationes legitimæ fuerint concessæ: in ea causa promissor est, ut adversus eum stipulatio non committatur, de utrisque igitur est videndum.

2. Unde dictæ sunt feriæ, quid sint.

Feriæ, a feriendis hostiis dictæ, perhibentur, quod his diebus litari solet: unde & ipsæ hostiæ feriæ dicuntur, *Gell. noct Attic. lib. 4. cap 6.* Feriæ sunt dies feriati, quibus jus non dicitur, nec sui potestatem magistratus facit, *l. prides, 5 hoc tit.* qui olim & Justitium, (quòd jus tum staret, nec progrederetur, *Gell. lib. 20. cap. 1.*) & Nefasti dies dicebantur: Ovidius in Fast. *Ille nefastus erit, per quem tria verba* (scilicet Prætoriæ jurisdictionis, quæ universa bis expeditur: Do, Dico, Addico) *silentur.*

Fastus erit, per quem lege licebit agi.

3. Divisio earum.

Feriæ sunt aut publicæ totius populi, aut privatæ alicujus Collegii vel Familiæ, *Macrob. Satur lib. 1. cap. 16.* Sed hic de Publicis tantum agitur, quarum species quatuor ponit Macrobius *præall loc.* videlicet Stativas, Imperativas, & Nundinas. Dd. nostri, *vide Spec. de fer §. 2 num. 4. & 5.* communiter tres: scilicet Solennes, Indictas & Repentinas. Solennes sunt, quæ ob cultum Divinum solenniter celebrandum constituuntur, *l 2. 6, 7, 8, 9, 10. l. fin C. eod cum tit. extr. eo.* Indictæ, quæ colligendorum terræ fructuum causa indicuntur, *l. 1. & 2. hoc tit. l. 2. l. omnes, 7. C. eod.* Repentinæ, quas Princeps Repub. benè aut infeliciter gesta, justitio indicto extra ordinem repentino denunciat, *l. 1. & 4. C. eod. l. sed etsi, 26. § si feria, ex quibus caus maj.* Rectius J. C. *d. § si feria, l 3. C. de dilat.* in Solennes seu Ordinarias tribunot, & in Repentinas seu Extraordinarias. Illæ rursum aut Sacræ sunt, divini cultus causa institutæ: *l. 2. 3. 6. 7 8. ubi C. eod.* aut Honorariæ, in honorem Principis, *l. 7. C eod.* aut necessariæ, quas ipsa necessitas fervoribus æstivis mitigandis, & autumnis, *l. 5. d l. 7. C eod l. 4. hoc tit.* hoc est, autumnalibus fructibus colligendis invenit & concessit. Repentinarum certæ non sunt species, sed ex causis variæ & arbitrariis indicentis distinguuntur: *d. l. sed etsi, 26. §. si feria. ex quib. caus. majo.* puta ob rem publicè benè, maléve gestam, adventum, inaugurationem, nuptias Principis, hostilitatem, seditionem, luem publicam, *l. 1. l. 4. 6. eo. vide Spec. eod. d. § si feria, &c.*

Con-

4. *Causa efficiens: & quis ferias indicere possit.*

Constituebantur autem olim feriæ a Pontificibus, *Macrob praall. loc.* & Magistratibus majoribus: putà Dictatore, Coss. Prætore, Præside, *d. l. sed etsi, 16. l. si in aliquam, 7. de off. Proc. l. 5. & 9. C. eo. l. Præsides, 4. hoc tit.* & hodie, ut volunt *gloss. & Dd in d. l. 4. d. l. Præsides, ubi Bart. & Ias.* tantum a Principe: *arg. l. 4. C. eo.* quanquam ea constitutio, *d. l. 4.* administratoribus jurisdictionem feriarum adimens, non de magistratibus majoribus, sed de Judicibus duntaxat pedaneis & municipalibus loqui videatur. Illud sanè est in confesso, quemlibet Judicem ferias a Principe vel lege jam indictas & definitas, posse pro ratione & maturitate fructuum moderari, & aut citius, aut tardius, prout usus fert, indicere, *gl. & Dd. in d. l. 4. C. eod. & l. præsides, hoc tit. Spec. de fer. §. 1. num. 4.* Etiam hodie magistratibus oppidanis, ut decreti, statutique, sic feriarum constituendarum, non quidem generalium, de quibus *d. l. 4.* agit, sed quæ in suo territorio valeant, & (ut ita dicam,) localium, esse potestatem. Quamobrem solus Princeps ut leges, sic ferias statuit generales. Inferiores, ut leges & statuta, sic ferias non prohibentur in sua diœcesi condere locales.

5. *Materia circa quã.*

Materia, circa quam feriæ versantur, sunt omnes actus, tam publici quam privati: *l. actus, 8. C. eod.* scilicet contentiosæ jurisdictionis: nam quæ sunt voluntariæ, etiam in feriis rectè expediuntur: *d. l. actus,* ut & opera misericordiæ, quomodo loquitur Spec. *de fer. ¶ sequitur, num. 1.* item quæ expediri, nec differri reipub. interest: ut vestigatio latronum, *l. pen. C. eod.* custodia ac disciplina militaris, vigiliæ, *l. pen. hoc tit.* & quæ ad ipsarum feriarum tuitionem, *l. 3. hoc tit.* aut annonam publicam, *l. 5. C. eod. c. 3. eod.* qua carere nullo die possumus, pertinent. In his enim & similibus, feriarum non habetur ratio.

6. *Forma.*

Forma, & tempora colendarum feriarum, lege præscripta sunt: *l. 2. l. omnes, 7. l. fin. C. eod.* potest tamen (ut dixi) pro ratione fructuum, aut serius aut citius Judex ferias indicere: *Ias. in d. l. 4. hoc tit. Spec. de fer. §. 1. num. 4.* qua in re rationem loci illius, in quo agitur, item domicilii actoris aut rei vocati, aliarumque circumstantiarum habere debet, *arg. l. 3. §. fin. de testib. vid. dist. Spec. §. 1. nu. 5. de fer.* Porrò statuta messibus & vindemiis tempora, *in l. 2. C. eod.* nec cum *l. 4. h. t.* quæ vult ea esse arbitraria, neque etiam opportunitatibus & anniversariæ maturitati horum quidem locorum & istius Septentrionalis cæli congruunt: ac subdititia putatur ea constitutio, *l. 2.* non a Romanis Impp. sed Gothicis, Regibus Tholosanis & Hispanis (quorum cælo & caloribus magis convenit) diu post occasum Imperii Rom. inventa. Certe a nostris interpretibus nec agnita est, neque commentariis atque glossis explicata.

7. *Finis.*

Finis solennium feriarum est, ut solutudo à curis prophanis feriata, cultui divino det operam: *l. omnes, 7. l. fin. C. eo.* juxta præceptum Decalogi: Memento, ut diem sabbathi sanctifices: quod etsi non ad speciem cæremoniæ certæ diei ex lege Mosaica, tamen in genere ad cultum Deo certo tempore præstandum, omnes ea lege naturæ obligat. Finis necessariarum feriarum est, ut agricolæ litibus vacui, colligendis tempestive fructibus vacare possint, *l. 1. 2. hoc tit. l. 3. C. eod.* quanquam non modò agricolis, sed omnibus in genere feriæ prosint: *Spec. de fer. § 1. nu. 8.* Ut enim dispositiones legum sunt generales, *l. 3. C. de legib.* ita & beneficia legib. proposita, generatim omnibus commodant, & ad omnes pertinent. Repentinarum feriarum finis est, ut publicum gaudium, luctusve, publico institio celebretur.

8. *Effectus.*

Effectus, quòd in feriis nec a Judice, *l. 1. h. tit.* neque ab arbitro, *l. omnes, 6. in fin. C. eo.* jus dici, *d. l. 1.* aut citatio fieri, aut solutio debitorum publicorum exigi potest, *l. omnes, 7. in fin. C. eo.* Quare parte alterutra emanente, actus a Judice tempore feriarum factus, est ipso jure nullus, *d. l. 1. in fin. l. si feriatis, 6. hoc tit. Ias. in l. 4. nu. 3. hoc tit.* Dico, Emanentes nam volentibus, aut sponte comparentibus, rectè jus dicitur: *d. l. 1. in fin. Spec. de fer. §. fin.* quod verum est in feriis indictis litigatorum causa, puta messium, vindemiarum, &c. secus in solennibus, *c. fin. ex eo.* aut repentinis, *Bald. in l. 1. in fin. C. eod.* Nam his a privatis renunciari nequit, quia privatorum causa non constituuntur, *Spec. de fer. § fin. Salic. & alii, in l. omnes, 7. C. eod.* Sunt tamen, ut supra dictum est, de quibus etiam die feriato magistratus adiri, & jus dici potest: ut quæ moram non patiuntur, aut quæ expediri statim, vel pium est, vel publicè utile: cujus rei exempla complura hoc in titulo proponuntur, *l. 1. & 2. h. t. l. 5. 9. 10. C. eod.* Et tantùm de feriis: quas utinam superiora tempora non tam intoleranter cumulassent contra præceptum divinum: Sex diebus operaberis: septimum quemque pro sabbato, sacroque habebis. Quæ lex non Mosaica, neque temporalis, cum ante legem in Sina latam viguerit: *Exod. 6 & 25.* sed Divina, naturalis, perpetua videtur esse, *Exod. 20. 11. ex lege creationis ducta, Gen. 2. 3.* Ubi rerum Conditor septimum diem non quidem otio deliciæ, sed vacationi rerum divinarum sanctificans: eàdem operà reliquos sex hebdomadum dies laboribus, & communi hujus vitæ servituti mancipavit.

9. *Quid sit dilatio, quæ ejus propria.*

Ac quia nec adversus eos, quamvis absentes, qui dilationem impetrarunt, stipulatio judicio sisti committitur: ideò de hac quoque re, utpote altera hujus tit. parte, nonnihil est subjiciendum. Differre litem, est actum judicii, certo die expediendum, in alium diem ulteriorem rejicere, *l. quod tamen, 21. §. Papin. l. diem, 27. de recep. arb.* Dilatio propriè nostris dicitur assignatio certæ diei seu termini, quo causam tractari oportet, cum justo temporis intervallo facta. Propria dilationis sunt, esse Continuam, *l. more, 8. h. t. l. 3. C. eod. Bald. in l. 1. C. eod. gl. in Rub. de divers. & temp. Præs.* Peremptoriam, *l. fin. ubi Bar. & Dd. h. t. Maran. de dilat. num. 2. Schurff. consil. 29. cent. 1.* Arbitrariam, *Maran. de dilat. nu. 11.* Utrique parti communem, *Spec. de dilat. ¶ in summa, text. in l. petenda, C. de temp. in integ. restit. vid. Lanfranc. in c. quoniam, verb. dilationes, de probat.*

10. *Species.*

Dilationum species varias Dd. commniscuntur: *vid. Specul. de dila. §. 1. Host. eo. tit. Bar. in l. 2. de re judic. Panorm. in c. cum sit, de appell.* in quas inquirere, non est operæ pretium. Sanè non inconcinnè aliæ dicuntur esse dilationes Peremptoriæ, aliæ Citatoriæ, seu dilatoriæ, quæ peremptoriis opponuntur: *l. ad peremptorium, 68. cum seq. de jud.* aliæ Judiciales, aliæ Extrajudiciales, aliæ Legales, aliæ Conventionales.

11. *Causa efficiens, & quibus detur dilatio.*

Quod ad causam efficientem attinet, dilationes dantur aut à lege, *l. 1. & 4. de re judicat. l. 4. C. de usur. rei jud. tot. tit. ff. & C. de tem. app.* aut a Judice, *c. cùm sit Romana. ubi not. de appell. Spec. de dilat. § sequitur, in fin.* ac consuetudine, seu statuto, *Bar. in l. si arrogator, de adopt. Tiraq. de retr. lig. § 1. gloss. 10.* aut partium conventione, *c. pastoralis, 27. §. cùm autem de off. del. l. de die 8. qui satisd. cog.* Causa προκαταρκτικὴ, est petitio partis, *c. cùm causam, de app.* quanquam interdum etiam proprio motu atque arbitrio, terminum Judex præstituat, aut proroget: *Spec. de dila. §. 2. nu. 6.* item multiplex æquitas dandæ dilationis, quæ ex variis causarum circumstantiis oriri potest, *vide Spec. h. tit. §. 1.* nam ex bono & æquo dilationes dantur, *Spec. praall. loc. num. 26. 27.* tam actori, quam reo, *Spec. eod. §. videndum, in prin.* quanquam reo, qui se præparare non potuit, plenius consulatur, *l. final. h. t.* longioresque ac crebriores termini concedantur, *gl. in l. si cujus, § sed si quæratur, si ser. vend. Ias. in d. l. fin.*

12. *Materia circa quã.*

Materia circa quam, sunt omnes causæ, tam civiles, quàm criminales, *l. fin. hoc tit.* etiamsi crimen sit notorium, *vide gl. in l. illos, C. de his qui not. infra l. cum reus, 8. l. fi. C. de pœn. Bal. & Salic. in l. ea quidem, 7. C. de accus. Imol. in l. si quis, 5. de pub. jud. Par. de Put. in tract. Syn. verb. defensionem.* In pecuniariis causis, una tantum dilatio in singulos actus datur. in criminalibus, duæ actori, tres reo dantur, *l. fin. h. t.* Nam & olim accusatori ad agendum duæ, reo tres clepsydræ ad defensionem infundebantur. Sed & in civilibus quandoque ex magna causa nova dilatio datur, *Spec. eo ¶. non videndum, num. 3.* putà ob legitimum impedimentum, *l. orationem, h. t. c. pastoralis, de off. del. Ias. & Dd. in d. l. fin. Maran. de dilat. num. 6, 7, 8, 9. cum seq.* quod de tempore litis jam contestatæ accipe: nam ante eam, reo triplex terminus ex lege est concessus, *l. ad peremptoriam, 68. cum seq. de jud.* illud in genere tenendum, materiam dilationum esse amputandam, *vid. in Auth. offeratur, C. de lit. contest. l. 2. C. de temp. app.* præsertim in causis summariis, *Clem. sæpè, de verb. signific.* quia cursim lites expediri, publicè interest, *l. properandum, 11. C. de jud. l. quidam, si cert. pet. Clem. dispendiosam, de jud.*

13. *Forma danda dilationis.*

Forma dandæ dilationis est, ut detur parte citata, *Spec. de dilat. §. 2. num. 11.* & cum quadam summaria causæ cognitione, *l. à procedente, 4. C. de dilat. Spec. §. ult. num. 20. Host. de dilat. num. 7.* atque spatium à lege concessum, Judex sequatur, aut excedat, non etiam facilè minuat, *vid. Dd. in l. 1. C. eo. in c. 5. ex eo. Panor. in c. cùm sit Romana, de appell. l. 4. §. antep. de re jud. l. fin. C. eo. Maran. de dilat. num. 15. Spec. §. ult. num. 23.* In termini etiam assignatione, exprimere & significare partibus Judex debet, quid in termino agi oporteat: *Spec. de dilat. § ult. in fin.* de qua forma consulendus est Speculator *d. § fin. num. 2.*

Causa

Causa finalis est, ut litigatores idoneum habeant spacium, quo se ad judicium præparare & instruere possint, *l. 1. in verb. spatium instructionis. C. eo. c. fin. in verb. temporis spacium ut poterint deliberare. ex eo.* Effectus est, quod dilatio excuset à pœna & mora, & ea pendente, nihil sit agendum aut innovandum. *l. 5. C. eo. c. 2. c. præterea. ex eo. Pan. in c. significante. ex eod. Socin. consil. regul. 93.* ubi autem dies seu terminus ejus venit, quòd habeat vim sententiæ interlocutoriæ, *l. qualibus 27. de re. arc.* & perimat actum qui in assignato dilationis termino fieri debuit: adeò ut pars postmodum comparens, super eâdem re amplius, nisi ex magna causa, non auditur. *Spec. § 1. num. 4. 8. & 9. Schurff. consil. 29. cent. 1.*

OBSERVATA.

Excludunt & feriæ ac dilationes.

N. I. *Sed & si feriæ*) Ad exceptiones præd. tit. etiam refertur, si feriæ inciderint, aut dilatio concessa, nec tunc enim stipulatio de judicio sisti committitur,

Jus ferias constit. non habet Pontifex.

N. IV. *A Pontificibus*) Hodie Pontifex Romanus cum non habeat majestatem, nec jus habet concedendi ferias. Hinc cum Greg. XII. Anno 1582. Calendarium informatum obtruderet Imperatori & Statibus imperii, rectè Nostrates illud rejecerunt; (1) quia Pontifici non est jus illud ferias concedendi mutandive, & (2) obtrudebatur contra Pacificationem religiosam, & Recessum imperii de Anno 1555. Videsis Clariss. Syringium *de pac. relig. th. 32.* Speidel. *in not. sb.* v. Calender.

Non magistratus certa Wesenb.

Magistratibus majoribus) Constitutio feriarum est majestatis *l. 4. C. h. t.* falsò itaque eam magistratibus tribuit Wes. cui nec opitulantur textus allegati, quia sunt non de *constitutione* feriarum, sed de statutarum *ordinatione vel determinatione*, idque quoad *l. 4. h.* minus dubium est, quod ea expressè loquatur de feriis messis & vindemiarum ordinatis, jam diu constitutis, sed pro ratione loci diversimode indicendis. Et licet *l. 26. § 7. ex quib. caus. mai.* sit de repentinis, tamen intelligenda est de ordinatione, & quod ferias à Majestate statutas ordinaverit Prætor eo tempore, quo fortè eximunt jus agendi. Ita & dare ferias in *l. 6. princ. de offi. procons.* est statutas antiquitus ordinare, & certo tempore habendas indicere. Textus verò *in l. 5. & 9. C. h. t.* nequicquam citantur.

Non administrator.

Sed de judicibus duntaxat pedaneis) DD. *in l. 4. C. h.* quod non oporteat imperiales ferias vocare, quas administrator edixerit. Hinc Q. *quis hic intelligatur administrator.* Certè non judex pedaneus, quia lex est Constantini, cujus tempore ejusmodi judex sublatus, *arg. l. 1. C. de pedan. judic.* neque etiam magistratus inferior, ut sentit hic Wes. quia de utrisque esset ridicula ratio dubitandi; Itaque rationis est intelligi Rectorem Provinciæ seu magistratum majorem.

Non magistrat. oppidan.

Etiam hodie magistratibus oppidanis.) Et hodie ferias tantùm constituunt vel Imperator vel status imperii, *arg. l. 4. C. h.* Non itaque magistratus oppidani, quia nec statuta contra jus condere possunt, nisi consensu superioris, *l. 3. § 5. de sepul. viol.* secund. not. *ad n. v. decreta. d. de L. L.* quin nec à Statutis ad feriarum constitutionem (quæ majestatis) rectè infertur.

Quæ cör: jurisdict. dieb. festis prohibita.

N. V. *Scilicet contentiosa: jurisd.*, Diebus enim festis etiam apud arbitros cessat omnis cognitio jurgiorum *l. 7. C. h. t.* (non tamen insinuatio citationis, juxta quam quis certo præfixo termino comparere jubetur, *arg. l. 2. & 10. C. h. t. divus ff. eod.*) aut executio, *d. l. 7. l. ult. C. eod.* juramenti præstatio. *c. decrevit 22. q. 5.* &c. *De Criminalibus quæri solet, an diebus feriatis in illis licitum procedere, vel sententiam dicere?* Andr. Gail. 1. O. 53. n. 4. & 5. putat citationem quidem tunc non valere, sententiam tamen ferri posse. Verùm rectius dicitur ex ratione juris regulariter illo tempore in criminalibus non procedendum *l. 6. C. h. t. arg. l. 6. & seqq. h. t.* quod illud tempus quasi pœnitentiæ, non etiam suppliciis reorum dedicatum. Nic. à Salis *in sicilimen. ad l. 6. C. h. t.*

Q. de criminalib.

Unde etiam à Gailio dissentiunt Wurmser. *in 6. O. 4.* & Grævæus ad Gail. 1. *concl. 53. consid.* 1. Nec Obst. *l. pen. C. h. t.* Resp. enim *d. l. 6.* postmodum esse limitatam per legem oppositam, quoad latrones de lauria, & crimina graviora, Vid. Glos. *in l. pen. C. h.* Certe hodie in criminibus gravioribus, diebus festis sæpe captivi ducuntur; atque intra quadragesimam torquentur & puniuntur scelerati.

Quæ licita dieb. festis.

Nam quæ sunt voluntariæ) Quæ vel nullam exigunt causæ cognitionem, atque meri facti sunt, vel jurisd. est voluntariæ, his diebus expediri non prohibentur. Eo referuntur emancipatio appellationis, *l. 1. C. eod.* dare curatorem ad litem, sec. Gothofr. *in l. 7. C.* per *l. 5. § 3. de tutel.* Quin videtur etiam *l. fin. C. h. t.* idem affirmare de pactis & transactionibus litium. Unde Oldend. *de action. pag.* 309. putat per hanc legem, feriarum posteriorem partem olim ad componendas lites fuisse constitutam, quamvis aliud sit de jure divino & Canon. per *c. 3. de feriis*) Et extensâ ratione Besold. *in de lib. juris 10. ad h. t.* asserit, licere diebus festis facere testamentum, & conficere instrumenta super contractibus. Quod nobis potius negandum. Quamvis enim hæc scriptum subinde habeant diem sacrum, v. c. Nativitatis Domini, festum Paschatos &c. ejus tamen longe diversa ratio est, commoditas sc. solvendi certo tempore sortem & usuras. Cæterum quod nonnulli actus civiles fieri queant diebus feriatis, justum ex est causis necessitatis, pietatis, charitatis. Conf. Zoes. *h. num. 5. & 6.*

Q. an tunc liceat contrahere.

Feriæ prosunt omnibus.

N. VII. *Omnibus in genere feriæ prosint*) Probatur hoc *arg. l. 1. verb. ne quis h. t.* generalis. Ideoque prodest etiam Doctoribus, Studiosis & aliis, atque ita, ut exceptione feriarum, quæ natura sua dilatoria est, usurus, in omni parte judicii eam rectè opponat, propterea quod gravamen habeat successivum. Nec officit *l. 1. ibi: occupatis h. t.* quæ restringenda videtur ad eos tantum, qui illo tempore operam dant fructibus v. c. colligendis. Disting. inter causam finalem ejusmodi feriarum & impulsivam; Illa est *Occupatio plurimorum hominum, tum temporis circa rem rusticam*: hæc vero *occupatio litigantium*. Et hujus quidem fit mentio *in f. d. l.* at cessante licet causâ impulsiva, non tamen cessat finalis; vel etiam dici potest exceptionem hanc omnibus prodesse: secundum principia à natura legum deducta, quia feruntur de iis quæ contingunt ἐπὶ τὸ πλεῖστον *l. 3. & seqq. de legib.* Adde Glos. *in l. 1. h. t.* Bach. *disp. 2. th. 9. lit. D. & in commentar. ad l. 1. n. 1. h. t.* ubi etiam ad *l. 1. C. de agr. & censit.* quod fit de oneribus personalibus ad quæ rustici tantum in messibus occupati extra alii & avocari prohibentur, rectè respondet.;

Q. an illis possit renunciari.

N. VIII. *Quod verum est*) *Q. an privatis feriis possint renunciare atque iis non attentis litigare?* Dist. inter dicatas cultui divino, & ad utilitates privatorum. Illis renunciare nequeunt *arg. l. 7. C. h. t. c. fin. eod.* ut diei Sabbathi seu Dominico, Natalitiis Christi &c. Nec obst. *l. 36. de arbitr.* quia restringenda ad ferias messium *arg. l. 1. ibi: cogat. princ. h. t.* Idem in feriis solennibus & repentinis, quæ *publica utilitatis* causa indicuntur *c. 1. h. t.* Vid. Menoch. 1. *arb. qu.* 30. *n.* 3. & *seqq.*

At verò necessariis, vindemiarum scil. & messium causa inductis, rectè renunciatur *l. 15. 1. h.* Fit autem hoc vel tacitè vel expressè: illo modo si non allegetur exceptio feriatum *arg. l. 1. ibi: cogat. h. t.* Nam istâ allegatâ omne quod jure decernitur, nullum est, etiam citra appellationem, *d. l. 1. §. 1. h. t. l. 6. in fin. cod.* Hoc modo si ita conveniant litigantes *d. §. tabi: sponte & d. l. 6. h. t.*

Autor truncatus ab Academ. Duac.

Et tantùm de feriis) Notandum hic quod totus Versiculus: *quos ultimam superiora tempora, &c.* usque ad finem *hujus n.* quo improbat Autor feriarum à Pontificiis inductam cumulationem, desit in novissima editione Coloniensi, exemtus ab Academia Duacena, ex verbis Autoris hærencæ & offensivæ doctrinæ persuasionem nequicquam inducente. Etenim prodigiosus ille festorum cumulus in Ecclesia Christi primæ & mediæ ætatis non fuit, sed antiquitati contrariatur, & serò tandem, crescente Divorum cultu, à superstitionum patronis est inductus, (Vid. *Novel. Leonis* 88. *& Constitutionem* Manuelis Comment sive Emanuelis *§. 2. de feriis*) quemadmodum eruditè *tr. de origin festorum Christianorum* ostendit Rudolphus Hospinianus *c. 1. 2. & 3.* Neque tamen A. hic excepta sola die Dominica, reliqua festa majora repetit à pia antiquitate inducta; quia hæc sacras vocavit ferias divini cultus causâ institutas, *supra n. 3.* & per citatas *l. 2. 6. 7. 8. & f. C. h.* jam ante approbaverat.

Quid dilatio.

N. IX. *Assignatio)* Genus hoc esse improprium & metaphoricum vult Bachov. *ad Tr. h. th. 10. h.* & dici rectius *rei agenda ad alium terminum vel diem rejectionem, vel spatium, aut intervallum,* secund. Wes. *in parat. C. h. t.* Idem repetit Bachov. *h. in not.* sed *in Comm. ad l. 7. n. 1. h. t.* qui per assignationem dilationem definiunt, dicit intelligere ipsam dilationis concessionem.

Prorogatio.

Quod eodem recidit; quia dilatio est actus judicialis, qui non potest fieri, nisi rejectione temporis ad terminum ad quem, assignatum. Affinis dilationi est prorogatio, quæ est dati necdum elapsi termini in alium extensio, seu productio *l. 24. §. 1. rem rat. hab. l. 5. de procur.*

Utrique parti in communem) Ut si reus petat mensem ad probandum, prodest is etiam actori, ita ut reus quamprimum dilatione istâ uti cœpit, propter jus & actori quæsitum eidem nequeat renunciare, *all. l. 6. C. de temp in integr. restit. arg. l. 11. d. R. J.*

Quæ dilat. peremtoriæ.

N. X. *Dilationes peremtorias)* Rectè notat h. Bachov. explicatius dici, quod dilatio aut detur *semel tantùm,* quod dicitur fieri peremtoriè, aut *sæpius,* Perimere enim hic est *tollere,* unde peremptorium edictum, quod perimit disceptationem inter litigantes, h. e. ultra non patitur adversarium tergiversari, & peremptoriæ dilationes, quæ perimunt tergiversationem *l. 68. de judic.*

Quæ consuetudinariæ aut statut.

N. XI. *Aut consuetudine seu statuto)* Ejusmodi sunt illæ dilationes, quæ in nonnullis locis moribus observare certarum sunt dierum, ut von vierzehn Tagen / oder von 3. Wochen (ut Cellis Luneb.) von 4. Wochen (in Ducatu Wolferbyt.) die Sächsische Frist / (in Saxonia Electorat.) alibi Zeit oder Ordnung / Zeit ad proximam, &c. Atque hinc rectiùs quam *in n. 10.* dividuntur dilationes in *legitimas* & arbitrarias seu judiciales, & conventionales. Conf. Bachov. *in not. h. ad n. 10.*

Legitimæ

Legitimæ sunt, quæ ipso jur, statuto aut moribus alicui tribuuntur, certo termino definito. *inducia 20. dierum post oblatum libellum* reo competentes, *Nov. 53. c. 1. auth. offeratur C. de lit. contest.* quæ hodie arbitrariæ. Dilatio *litis contestandæ* intra duos menses, actori *Nov. 96. c. 1.* quæ & hodie in foro variat. *Annalis dilatio actori competens* tribus edictis ante litem contestatam vocato, antequam ob ejus contumaciam lis pro contestata habeatur, *Nov. 112. c. 3. §. 1. & a l. 8. & Auth. sequen. C. quom. & quan. judex.* Dilatio *annalis quarto tribuitur,* actore ante litem contestatam in ejus bon. possessionem ex primo judicis decreto misso, antequam ex secundo decreto civilis possessio decerni possit, *c. fin. §. in aliis, ut lit. non contest.* Dilatio *probatoria,* secundùm *l. 1. & l. f. C. de dilat.* quæ hodie arbitraria in Camera imperii, in aliis judiciis plerumque est 6. septimanarum. Dilatio in puncto *conclusionis. Nov. 115. c. 2.* hodie eodem arbitraria. Decendium *ad interponendam appellationem,* supplicationem, leuteranonem &c.

Arbitrariæ.

Arbitrariæ (effectu judiciales) dilationes dicuntur, quas judex in casibus permissis causâ cognitâ tribuit. Talis est quæ in jus vocato indulgetur & multæ aliæ.

Quot dil. dentur in civilib.

N. XII. *Una tantùm)* per *l. fin. h. t.* Dist. tamen A. ita, ut in civilibus ante lit. cont. triplex detur dilatio, *l. 65. & seqq. de judic.* post eam una tantùm in singulos actus, regulariter. Alter Gail. *O. 91. n. 2.* Et per usum fori post lit. cont. & secunda & tertia dari potest, imò & quarta, quandoque & ulterior: puta si notorium subsit impedimentum *arg. l. 7. h. t.* Quod in his, quæ juris positivi, certam rationem habet. Vid. Mynf. *3. O. 71. & 72.* Gail. *d. O. 91. n. 5.*

Quot in criminalibus.

In criminalibus duæ actori) Ratio differentiæ à causa civili est, quod in criminalibus vertitur interesse Reip. ut delicta detegantur. Ratio autem quare in criminalibus reo tres dilationes dentur, est gravitas causæ ne reus innocens puniatur. Verùm Q. an *l. fin. h. t.* valeat in omnibus criminibus. Wes. id indistinctè affirmat, sed verius est *d. l. fin.* non extendendam esse, sed restringendam ad crim. tantùm capitalia *d. l. f. ibi: in capitalibus autem h. c. arg. l. 28. de pœn. l. 103. d. V. S.*

Exceptio adulterii.

Excipitur adulterium, in quo nullæ dilationes concedendæ, *l. 41. ad L. Jul. de adult.* partim favore matrimonii, partim odio adulterorum, partim ob criminis qualitatem, quod cum occultè fiat, testes aut non, aut vix admittit. Accedit quod in eodem crimine alia singularia sint recepta. Vid. Gloss. *in l. fin. h. t.* Bach. *d. disp. 5. th. ult.*

An in com ced. dilat. causæ cognitio requiratur

N. XIII. *Parte citata & cum quadam)* Causæ cognitio citatâ parte adversâ ad dationem dilationis requiritur, quod dilationibus promoveantur lites, quas maturè expediri interest, *arg. auth. offeratur C. de lit. contest. l. 2. C. de temp. appell.* (a) per *l. 4. C. h. t.* Observantia tamen fori apud multos contrarium insinuat, ubi sæpe ad nudam unius litigantium allegationem, dilationes & prorogationes, malo exemplo, conceduntur.

Q. de termino à judice minuendo vel prorogando.

Spacium à lege concessum) Q. *an judex possit terminum seu spacium aut dilationem à lege concessam ad actum aliquem expediendum, pro suo arbitrio prolongare aut coarctare?* Menoch. *2. arbit. judic. q. cas. 52. n. 5. & seqq.* simpliciter distinguit inter dilationem expressè à Lege statutam, & præfixam ministerio judicis, quod *in not. ad Wes. h.* sequitur Bachovius, licet *in comm. ad l. 7. §. 3. h. t.* non satis sibi in hoc constare videatur. Donellus *24. comm. 6.* putat legale tempus judici quidem coarctare licere, sed non extendere. Maranta *in spec. aureo, de dilat. n. 15.* opinatur judicem pro ratione causæ temporis & circumstantiarum vel extendere posse vel coarctare. Wesenbecius *h.* protrahere quidem posse, sed non facilè minuere. Verùm sententiæ Donelli apertè contrariatur *l. 2. de re judic.* Cæteræ non sunt sufficientes. Ideoque censemus distinguendum.

distinguendum.

(1) Inter *dilationem legalem in specie sic dictam,* quæ habet *determinatum* tempus, *& eam quæ tempus quidem habet à Lege sed arbitrarium,* quod officio judicis committitur determinandum, & *inter dilationem merè arbitrariam.* (a) secundum Castrens. in *l. 2. de re judic.* inter tempora quæ dantur *favore illius, cui dan-*

cui dantur, & quæ dantur *magis in ejus damnum*, ad excludendum ipsum à jure suo. Illæ *quæ* (1) *specialiter determinata & ad excludendum à jure ipsum cui data tendunt*, nec protrahi à judice possunt, nec coarctari; neque enim terminus iste à Lege datus, judicantis aut partium arbitrio subjacet, *arg. c. 26. & 64. de R. I. in 6.* Gail. 1. *O.* 140. *n.* 61. Hujusmodi est tempus decendii interponendæ appellationis, supplicationis, Leuterationis, *auth. hodie C. de appellat. auth. quæ supplicatio C. de precib. imp. offer.* Idem obtinet in casu *Auth. qui semel. C. quomo & quando judex auth. offeratur. C. de lit. contest. Nov. 96. c. 1.* Jung. Mynſ. 2. *O.* 68. & 3. *O.* 11. Gail. 1. *Obs.* 139. *n.* 6. Hæ vero dilationes *quæ vel à lege specialiter determinata: tamen data sunt in favorem ejus cui concessa: ex justa aliqua causa* possunt vel prorogari, vel etiam extendi *l. 2. de Re judic.* Sed ita tamen ut facilius protrahi possit à judice, quàm minui seu coarctari: & ita intelligenda est *l. 1. ibi: non facilè amplius. C. h. t.* & *l. 2. junct. l. 4. §. 5. ibi: sed si quidem minorem de re judic.* Ita instrumentorum aut testium ratione quandoque ex arbitrio judicis, terminus probatorius determinatur *in d. l. 1. C. h. t.* Idem obtinet in fatalibus introducendæ appellationis aliquando, *arg. c. cum sit Romana de appell. c. cum ex literis in fin. de in integr. restit.* Vid. Gail *d. obs. 40. n. 7.* Idem in spacio quadrimestri, quod judicans datur in actione personali, *l. 1. & 2. C. de usur. rei judic. junct. d. l. 4. §. 5. de re judic. c. quoad consultationem de sent. & re judic.* In peremptorio edicto *l. 69. 70. 71. 72. de judic.* Fit autem tum hæc determinatio à judice (1) *ob causæ qualitatem*, ut quando lis est de re minima, tunc enim dilationes coarctantur, *arg. auth. nisi breviores C. sent. ex peric. recit.* si de alimentis agatur, si causa esset à civitate vel universitate tractanda. (2) *ob temporis conditionem*, ut quando res esset tempore peritura, *arg. l. 1. de glan. legen.* quando ie essent faciendæ magnæ impensæ, si quis alibi præsens sit, & brevi tempore possit comparere. (3) *Ob personarum conditionem.* Sic enim juveni brevior danda dilatio, quam seni *l. continuus de V. O.* longior nobili quam rustico. Denique *in simpliciter arbitraria dilatione* judicem multo magis tempus aliquod prorogando vel coarctando determinare posse, indubium est. Vid. *l. 36. de judic. Nov. 4. c. 1. verb. probet.* Confer. Bachuv. *in Com. ad d. l. 7. n. 2. 3. & 4. h. t. ad Tr. d. d. ib.* 10. D. & Menoch. *d. cas. 52. n. 6. & seqq.*

Ratio.

N. XIV. *Effectus*) Ad dilationis effectus pertinet (1) quod excuset à pœna & mora, (2) interim quiescat judicis officium, nec vel ipse vel pars adversa procedere possit ad ulteriora, aut quid innovare *l. 3. C. h.* (3) quod terminus datus uni, prosit & alteri parti, per *not. ad n. 9. verb. utrique partis h. t.* Jung. Bach. *in comm. ad d. l. 7. n. 4. eod.* (4) Quod non computetur à die *scriptionis seu datarum* sed à die *receptionis* literarum, von zeit der insinuation; cujus effectus tunc existit inprimis utilis, si per nuncium e.g. citatio tardius fuit insinuata, ne exinde quis pro contumace habeatur, ceu in causa Johannis Hennen contra die Schuster / und Gerberzunfft zu Hildesheim Anno 1550. in Cam. imperiali pronunciatum observavit Mynſ. 2. *O.* 62. (5) Quod perimat actum qui in assignato dilationis termino fieri debuit. Quod quidem verum, ubi de jure certus terminus statutus, ut probatorius, aut alius sub præjudicio præfixus, hujusmodi enim lapsus renunciationem inducit, & statim ipso jure pro contumace habet alterum, atque jure suo privat. Et ita intelligendum quod Wesenb. *h.* dicit, dilationem habere *vim sententiæ interlocutoriæ, & perimere actum.* Declaratoria tamen requiritur, unde pars altera lapsum termini acceptare, & actualem privationem à judice petere solet, quamque is tum expedit per sententiam interlocutoriam: e.g. daß Klägere sich am beweisthumb verseumet / das lis in contumaciam pro contestata: acta oder die Sach in contumaciam pro conclusa angenommen. Extra hoc tamen, si judex alicui certum terminum assignavit: alter favore causæ propter lapsum termini, non statim pro contumace habetur, nec per sententiam interlocutoriam jure suo privatur, sed requiritur bina præterea judicis admonitio. Vid. Berlich. *p. 1. concl. 17. n. 73.* Jason *in l. 15. apud quem n. 11. C. de edend.*

Effectus dilationis varii.

TITULUS XIII. C. 2. I.

De Edendo.

VOcato ad judicium reo, & sui copiam faciente, proximum est, ut actor actionem suam libello comprehensam offerat, *Authent. offeratur, C. de lit. contest.* atque edat: *l. 1. h. t. l. 3. C. eod.* ut deliberare reus possit, cedere (quod de cessione juris solenni Contius interpretatur) an contendere ultra debeat: & si contendendum putet, veniat instructus, cognita actione qua conveniatur, *l. 1. h. titul. in prin.* Rectè igitur atque ordine sequitur, ut edendo dispiciamus. Quia verò potissimum, & primo loco libellus in judicio editur: *Auth. offeratur. C. de lit. contest. l. 1. h. t.* non alienum erit, quædam de materia libellorum præmittere.

1. Continuatio.

Libellus, diminutivum à libro est, unde chartam olim conficiebatur: ac in genere, omnem scripturam significat: *l. 1. in prin. de tab. exh. l. si publicanus 4. de public. l. minorem. 6. C. de præd. min. l. apertissimi. 14. C. de judic. tot. titul. C. quan. lib. prin. & ff. de lib. dimiss.* figurate, materia pro re quæ ea continetur, sumpta. Propriè autem, hoc in argumento Libellos pro scriptura quæ actionem continet, accipitur: *l. libellorum 3. de accusat. Auth. offeratur. C. de lit. con. c. fin. ex. de lib. oblat.* de cujus definitione, plura apud Dd. videre licet. *Specul. de lib. con. § 1 Host. in Rub. eo. num. 1. Dd. in c. fin. de lib. obla. Soc. eod. tit. in Rub. unde gl. in c. a. verb. libellis de lib. obla. Odofr. in summa tit. quod si libell.*

2. Unde dictus sit libellus. & quid sit.

Ejus partes numerantur tres: 1. major propositio, quæ justam ex jure petitionis causam ostendit a. narratio, seu minor, qua infertur in proposita specie facti, eam justam petitioni, causam subesse 3. petitio seu conclusio, quæ utramque propositionem conjungit, & minorem majori includit. *vid. Inf. Zas. & alios, in princ. Inst. de act. Bartol. in l. si prius. in princ. de oper. no. nunc.* Est igitur libellus, quidam quasi Syllogismus practicus & judicialis. Speculator *de lib. conc. § quid libellus num. 3.* paulò aliter eas partes recitat, ponit enim primo loco libelli causam, quæ major est: secundo obligationem, quæ minor est: tertio Actionem, quæ in superiore partitione est conclusio: ipsa enim petitio dicitur actio: *§. 1. Instit. de actio. l. actio 27. ff. de act. & ob.* in petitione autem consistit conclusio, non in verbis narrativis. *Bald. in l. fin. circa fin. C. de fideicom. liber.* Et hæc potissima pars libelli est, quæ præcipue attenditur *Bartol. in l. Aurelio. § Sticho. de lib. leg. Ias. in § omnium num. 129. 131. 132. Institut. de act.* in Civilibus, non etiam in Criminalibus, in quibus conclusione non est opus *Bart. in l. quid ergo. §. pœna. de his qui not. infr. a. Ias. in d. §. omnium numer. 137. vid. infr. de accusat.* Species libellorum usitatè duæ ponuntur: alter Conventionalis sive Civilis à conveniendo, *c. final. ex. de lib. obla. gl. in c. 1. eo. tit.* alter Criminalis, *l. libellorum 3. ad accus. de quo vide Spec. de lib. ob. § species gl. in d. c. Landfr. in c. quoniam. ad verb. petitiones de proba.*

3. Partes libellorum, & species

Propria libelli sunt, esse rotundum, dilucidum, concludentem, non obscurum: non incertum neque generalem aut alternativum, *vide Spec. de lib. con. § ult. Ferr. in for. lib. conter. opp. lib.* &c.

4. Proprietates.

4. *Proprietatis.*

Causa efficiens est lex, quæ libellum offerri disponit: *Auth. offeratur. C. de lit. contest.* offerri autem jubet principaliter judici *c. 1. de lib. ob. Spec. § restat in prin. eod. tit.* competenti: *Spec. eo 1. § nunc videamus. in fin.* qua hujus officium super petitione imploratur, *l. 1. C. eodem.* deinde etiam parti adversæ, *d. Auth. offeratur. l. in prin. hoc tit.*

5. *Causa efficiens & cur libellus sit offerendus.*

Quod ad materiam attinet, in omnibus causis offerendus est libellus, de quibus constituitur judicium, & inter duos lis est: *Spec. de lit. con. § nunc dicendum per c. licet de sim.* tam civilibus quam criminalibus, *d. l. libell. 3. de accus.* tam petitoriis: *l. si in rem, 6. de rei vend.* quam possessoriis: *Spec. prææll. loc. num. 2. § fin. Inst. de interd.* non tamen semper in causis summariis, *Clem. sæpe verb. libellum non exigat ubi gl. de ver. signif.* puta executionibus: *Spec. prææll. lo. num. 17.* in his enim qualiscunque petitio, etiam sine scriptura sufficit: quemadmodum & cum per modum inquisitionis proceditur, *l. 4. ubi gloss. ad verb. continua C. de apost. c. cum olim. de testib. vid. Can. in c. qualiter, 24. de accus.* aut judicis officium extra ordinem imploratur. *Spec. prææll. loc. nu. 7.* An autem in appellationibus *vide Spec. de lib. ob. § nunc dicendum, nu. 37. 38.* & exceptionibus *Spec. de excep. § viso ver. sed nunquid.* libellus requiratur, non est hujus nunc instituti disputare.

6. *Materia: & in quib. libellus offerendus sit.*

Forma libelli etsi maximè juxta stylum & consuetudinem cujusque curiæ est concipienda, *Spec. eod. tit. §. nunc dicendum, num. 3 & in §. fin. in princ. per l. 3 fin. de test. c. consuetudinis, 11. dist. Bald. post gl. in l. de quib. ad ver. inveterata. de leg.* tamen ubi nulla specialis consuetudo, scripto complectenda est: *l. 1. verb. describatur. h. t. & d. Auth. offeratur.* ea ratione: ut hæc quinque subsequentibus versiculis comprehensa contineat:

Quis, quid, coram quo, quo jure petatur, & à quo.
Rectè compositus quisque libellus habet. *vid. Host. de lib. oblat.*

7. *Forma libellandi:*

Præcipua autem libelli forma, in conclusione consistit, *Bal. in l. 2. num. 1. vers. præterea C. de proba.* quæ cujusmodi esse, & quomodo formari debeat, alibi pluribus exponit Jason: *Ias. in § hinc autem. nu. 13. instit. de actio.* qui de clausulis quoque libellorum, varie & copiose multis in locis disputat, *in § omnium, Instit. de actio & § sic itaque eod. tit. in l. Divus, 33. de re jud. in l. potens, 27. nu. 3. C. de pac. vid. Cano. in c. 2. de off. ord.* Atque hodie tanta habetur conclusionis ratio, ut sufficiat ex ejus forma certum actionis genus intelligi, etiamsi nullum ejus nomen exprimatur: *dilecti, ubi Dd. de jud. Panor. in c. examinata, num. 1. 2. 3. eod. tit.* quod olim contra fuisse videtur: saltem jure Cod. *l. 3. C. de eden. l. ult. C. de interd.* nam Digestorum jure non fuisse necesse actionem libello designari, alibi tenet Accursius, *gloss. in l. 1. § 1. verb. edere. ff. de edend. per illum text. & l. quoties, C. de dignit. lib. 12.*

8. *Finis & effectus.*

Finis libelli est, ut agentis desiderium proponat, *1. de postul.* judicem & adversarium de specie futuræ litis instruat: *l. 3. C. eod. 1. h. t.* & sit fundamentum judicii. Nam & probationum articuli, ad libelli formam accommodandi sunt, *l. licet, 9. §. ibidem, de probat. & significa verunt. de testib. Host. in Rub. de probat. num. 5.* & sententia secundum eundem ferenda, *l. fin. C. ac fideicom. liber. l. ut fundus, 8. com. divid.* Quare ut rectè ordinetur, ac super certa re aliqua fundetur judicium, necesse est ab actore etiam non monito, *Spec. de lib. oblat. § utrum, num. 4.* ultro libellum offerri: *Auth. offeratur C. de lit. contesta.* ejusque omissio vitiat processum, *Spec. prææll. loc. §. nunc dicendum, num. 14. per not. in c. 1. de lib. obl. & in l. prolatam, C. de sent. & interl. omn. jud.* Unde merito libellus substantialibus judiciorum annumeratur: *Spec. in d. § utrum,* nam libello existente nullo, processus redditur nullus, *c. examinata, ubi Fel. n. 14. de jud. glo. ad verb. secundum Inst. de lib. ob. c. 1. ubi Canon. ex de lib. obl.* Quare & Judex ineptum respectu juris, non facti, *Panor. in c. examinata, nu. 21. de eod.* aut contra stylum curiæ formatum, *Fel. in c. 1 n. 5. de lib. ob. Guidon. Pap. in prox. decis. vide etiam Tiraqu. in tract. de pæn. in princ. num. 7.* ex officio, ne sententia reddatur retro nulla, *Fel. in d. c. examinata, num. 4.* rejicere potest. Si tamen intentio sit apta, sustineri libellus debet, etiamsi petitio sit inepta: *Pal. prææl. lo. num. 11.* nam in dubio & quoad fieri potest, sustinendus est, *l. si quis. 66. de iudic.* ut includat intentionem libellantis, *Anchor. consil. 148 ad prædicta, num. 6. per inno. in c. fin. de lib. ob. Panor. in d. c. examinata, num. 18 Rom. consil. 245.* adeo ut ex narratis sufficiat resultare jus agendi implicitè, ut nostri loquuntur: & id postea in probationibus explicite declarari *Anchor. d. consil. 148 num. 6.* & qualitercunque possit commode interpretari, procedat: *Bal. in l. Polla nu. 7. C. de his quibus ut ind. per Inn. in d. c. examinata,* & super parte ejus apta totus fundandus sit processus, etiamsi in reliquis sit ineptus, *Bal. in c. 1 num. 4 de mil. vas.* Ad effectum libelli illud quoque pertinet, quod ea complexa videatur actor confiteri, *Panor. d. c. examinata, num. 3 & 4.* Utrum autem libellus emendari aut mutari possit, etsi varie disputatur: *l. 3. C. de eden. § si minus, Inst. de actio. Spec. de concep. lib. §. nunc ostendamus,* tamen communis conclusio est, emendari & declarari ad sententiam usque, *l. 4. fin. de nox. act. l. 4. l. si quo. 1. de pet. her.* mutari vero, & substantiam ejus corrigi duntaxat ad litem usque contestatam, *Dd. in d. l. 3. C. eo. Can. in c. inter, de fid. instr. Ias. in § omnium num. 157. Instit. de actio vid. Lands. lib. 3 art. 14. Fach. diff. 42.* posse: de quo, quæ nostra sit existimatio, alibi docuimus: *§. si minus, 33. Instit. de actionibus,* & alio fortasse loco planius exponemus.

9. *Edere quid sit.*

His ita permissis, de Edendo videamus: quæ propria est hujus tituli tractatio. Edere, significat aliquid in publicum proferre, enunciare, vel profiteri, *l. si sine, 22. § si procura. 4. rem rat. hab. l. 1. de off. consul. l. si quis, 6. § si initium, de ed.* In hac porro materia, Edere propriè est copiam describendi adversario facere, seu libellu quid complecti, eumque dare describendum adversario, aut dictare, *l. 1. l. 6. § ed. h. t.* Edere & eum Labeo ait, qui producto ad album (quo publice Prætoria edicta, & actiones quas daturus esset magistratus, olim proponebantur, *vide in tit. de alb. scrib.*) adversario declarat, quam actionis speciem de proposito Prætoris Albo atque Edicto velit intentare, *d. l. 1. in prin.* Certiorem enim hoc etiam modo facit reum, de futura litis specie, *d. l. 3. C. eo.*

10. *Quotuplex editio.*

Editio alia est Judicialis, alia Extrajudicialis: *Imol. in c. 1. de probat.* Item alia Libelli, alia Instrumentorum, alia Rationum, alia Actorum, *vide gloss. Alexan. Ias. & Dd. in Rub. C. eod.*

11. *Causa efficiens.*

Causa efficiens Remota, est Edictum hoc Prætoris, *l. 1. l. 6. §. præt. h. t. l. 3. C. eod.* quo necessitas editionum imposita & introducta est: Propinqua, jussum judicis, qui editionem fieri oportere decernit: *l. 1. in verb. ad offic. jud. ubi gl. & Dd. C. de eden. l. ubi, 8. in verb. decerneretur à prætore h. t. Ias. in l. quadam. num. 4. h. t. l. 2. in verb. is apud quem agetur. jubeb. t. C. eo.* aut ea officio Mercenario, quando in judicio propter actionem editio postulatur: *vide gloss. in l. 1 & 2. l. non est novum, 5. C. eo.* aut officio Nobili, quando extra judicium, vel sine circumstantia actionis, ea est petita, *l. 1. quem. test. aperian. l. ubi 8. ubi gl. ad ver. jud. off. hoc t.* Causa προκαταρκτικὴ, est Petitio partis, sine qua Judex editionem non decernit, *Ias. in l. quadam, num. 4. h. t. per l. si quis, 6. § pertinere, hoc tit.* Ea vero fit aut Principaliter & Per se, implorato scilicet judicis officio nobili, *Inno. in c. 1 n. 3. de probat. fac. l. 7. 8. h. t.* vel proposita in Factum actione, *Bar. in l. 1 § offic. nu. 3. de tut. & ra. dist.* siquidem ordinaria desit, quæ interdum ad editionem impetrandam competere potest: *l. quadam. 9. h. t.* aut incidenter, *Bar. prææl. lo.* ut cum proposita actione per modum exceptionis dilatoriæ petitur editio fieri: de quo genere hic præcipuè disputatur. Hæc autem petitio, æquitate & justa aliqua causa niti debet: *l. 1. verb. æquissimum, l. 4. in verb. ratio æquiss. h. t.* puta quod petentis intersit editionem fieri, *l. 6. §. ex hoc edicto h. t.* quæ ratio maxime valet in publicis instrumentis edendis, *l. ubi Ias. n. 2. 3. C. eod.* non æque in privatis *l. pen. ad exhib.* quod alias speciem futuræ litis non dispicere, nec se præparare possit: *l. 3. C. eo. 1. h. t.* quod æquum sit, instrumentum quasi suum, aut saltem commune edi, *l. 4. in prin. l. si quis, 6. § ex hoc edicto, h. t. l. 6. C. eo.* &c.

12. *Materia: & quæ sint edenda, vel non.*

Materia, sunt omnia jura, quibus actor in judicio usurus est. *l. 1. vers. edenda. h. t.* Libellus, Instrumenta, Rationes, Judicia, Articuli, *Paul. lib. 5. Senten. 6. l. unius, de qua Ias. post alios in l. 1. num. 3. 4. 5. 6. cum seq. C. eo. Bart. l. ult. num. 8. de quæst.* &c. Amplius volunt Dd. *Ias. in l. fin. num. 2. dicens hanc esse communem, C. eo.* omnia instrumenta quæ ad causam pertinent, etiamsi actor iis non utatur, petenti reo edi oportere, *l. 3. h. t.* a reo vero actori non item, *l. 1. C. eo. tot. tit. de prob. l. nimis, C. de test.* nisi ad replicationem ejus fundandam: *l. fin. ubi communiter Dd. C. eod.* quod in rationibus, de quibus leges hue pertinentes loquuntur, verum esse potest: *l. fin. eod.* cum qua nisi rationes edantur, non rectè dati & accepti integra causa constare potest: *l. 4. & l. 6. §. ratione, h. t. l. 4. & 5 C. eo.* cum quod rationes utrique parti quodammodo videantur esse communes: *l. si quis ex arg. 6. § pertinere, h. t. l. 6. eod.* ut suum quasi instrumentum petenti sit edendum: *arg. d. l. 4 & l. 6. h. t.* in reliquis autem est, a regula receditur, *l. 1. C. eod. l. nimis, 6. de testi. c. 1. de prob.* & reum cogi, ut ipse adversarium suis documentis instruat: *d. l. nimis grave 6. C. de test. l. 1. C. eo. c. 1. de pro.* maximè cum replicatio instar actionis sit, *l. quæsitum §. final. de peri.* & Actore non probante reus sit absolvendus: *l. qui accusare, 4. C. eo.* & alioqui Nemo, qui non est in officio publico, instrumenta & rationes suas, ut paulò post dicemus, exhibere cogatur, *l. pen. ad exhiben.* cesset etiam hic æquitas & causa, quare editio sit introducta. Nec enim ut ad lites minuendas, aut certè rectè constituendas pertinent & æquum est, edi reo (qui se præparare ignarus quando conveniretur non potuit) actionem & documenta actoris: quo deliberare possit utrum contendendum putet an non, & si putet, se comparare possit: *l. 1. h. tit.* sic eadem contrà ratio est, ut reus edat actori ad fundandam replicationem.

Quia

Quia id ad exciendos in jurgia animos, augendasque potius lites, quam ad sopiendas pertinet) & æquum est, ut actor seipsus immo ad judicium compares (cum in sua potestate habeat; quando agere velit: & non nisi probe re meditata, in litem ingredi compellatur, *l. 4. l. ult. de excep. de l. 1. C. ut nemo invitus*) non verò à reo sui juris instructionem exspectet, *d. c. 1 de prob.* Quam ob rem æquum est, ad id reum non compelli: nisi forte in causis favorabilibus, puta Fisci, Doris, Alimentorum Matrimonii. *l. 3. C. eod. l. 2. §. 1 de jur. fisc. clem. 1 §. cæterum de usur. vide Alex. Iaf. & alios in d. l. fin. C. eo.* &c. Sanè quidem exceptiones, & reliqua, quibus reus in judicio utitur, actori edenda sunt, cum sint pars actorum. Acta autem omnibus quorum interest, nedum litigantibus sunt edenda, *l. 2. ubi Iaf. n. 2. C. eod. l. fin. ubi Bart. Bal. C. de re jud. l. 2. C. de re jud. l. 2. C. ut lit. pen.* Sed & instrumentorum communium editio recte petitur: *l. quadam. 9. h. t. l. procur. 7. C. eod. Iaf. in l. fi n. 3. C. eod. Ro cons. 348* & eadem ratione, rationum ab Argentario vel Nummulario, qui nostro nomine aut rogatu eas confecit, *l. 4. 6 hoc t.* Meum enim quodammodo instrumentum est, quod meo rogatur & de re mea à persona publica est confectum, *d. l. 6 § permittere, d. l. 4 in pr. in verb meum.* In eadem causa hodie Notarii sunt: ut petentibus iis, quorum nomine contractus conscripserunt, Protocolla sua exhibere cogentur. *Bart. in l. argentarius 10. h. t.* Item Gabellatores quos vocant, & Rationales: denique omnes qui ex officio publico libros rationum conficiunt, *text. in l. justum 6. C. eo. Bart. in d. l. argentarius, 10. & in l. ubi 8. fin. h. t.* Quare & illud consentaneum est, sicuti acta, *l. 2. C. eo.* ita quælibet registra, liberos, instrumenta publica, aut in archivo publico recondita, iis, quorum interest, communicanda esse. *Bal. in rub. C. de fid. instrum. num 5. Iaf. n. 3. 4. cum seq. Purpura Dec. & communiter Dd. in l. 2. C. eod.* Privati verò rationes suas denudare non coguntur: *l. 2. C. quando & à quib. quar. pars lib. 10. l. pen. ad exhib. l. fi C. de alim. pub.* nisi ex æquitate mercatores illi, qui varias negotiationes exercent & ipsis rationibus quasi publicis utuntur. *Bart. in l. quadam, 9. in prin. h. t. per glo. l. fin. C. de pact. conven. Alex. Angel in d. l. argentarius, h. t. Card. in cle. 2 §. 1. opp. 5. de usur. Felin. in cap. 1. de probat.* Æquum enim est. Ut quibus rationibus pro se cum usus est, utuntur, *vide Iaso & Dd. in l. admonendi, 31. de jur. & in l. instrumenta, 5. cum seqq. C. de probat.* eas contra se quoque valere patiantur, *l. si quis. 13. C. de test. tot. t. quod quisque jur. atque ita & in his terminis videntur accipienda. l. justum, 6 & l. ult. C. eod.*

13. *De forma faciendæ editionis.*

Quod ad formam attinet, olim qui ab argentario petebat rationes edi, jus jurandum dare cogebatur, se non calumniæ, & vexandi argentarii causa petere: *d. l. 6 § exigitur, l. quadam 9. §. fi h. t.* sed hoc non multum hodie usurpatur. Certè in judiciis non usquequaque obtinet: cùm alias in his de calumnia juretur, *l. 2. C. de jur. prop. calum.* & ex dispositione [illegible] talis editio facienda sit: non autem præsumi debeat, calumniæ causa petere, qui petit id quod peti lege conceditur. *l. nemo 151. l. nullus, 55. de reg. jur.* Id tamen quod interest quoties hac in materia probari debet (sicut probandum est, *d. ut l. de prætor stipul. unic. C. de eo quod in rer. 2. in fin. de eo quod cert. loc.*) ut factum *l. asseveratio, 10. C. de non num. pecun.* solet per juramentum (cum de modico præjudicio agatur) declarari: *l. thesaurus 15. ff. ad exhib. l. 6. § 2. h. t. vide Ang. in l. 4. h. t.* Editio autem instrumentorum fit in judicio sine die & consule, quo instrumentum conscriptum est, *l. 1. §. 2. h. t.* Nam dies instrumenti non ad causam editionis, quæ tantum fit, ut sciat adversarius, quibus instrumentis actor uti velit, quod æque scire potest, sive dies editur, sive secus: sed ad fidem instrumenti, & probationem spectat. Ut autem probatio ante litem contestatam, ob timorem subornationis non publicatur, etiam cum producta est (ut produci ad æternam rei memoriam potest. *Auth. sed et si quis. C. de test.*) ita nec dies instrumenti ante est proferendus: ne videlicet quid fraudis, prolatio vulgatoque seu ut alii legunt, Prælato die, contra instrumentum excogitetur: *d. l. 1 in prin. § editiones, exempla vide apud Constan. h. t. epist. tit. 4. Cui. lib. 3. c. 7. l. si à debitore, 28. ad l. Cor. de fal. l. 1. § diem, quem. test. aper.* quo deinceps in probatione facienda, ubi producendum est, fide careat. Dies autem solutionis edendus est, quia pars est instrumenti & contractus, *d. l. 1. § 2.* sicuti & dies rationum: quod aliter data & accepta intelligi nequeant, nisi de tempore constet, *l. 1. §. rationes, l. 6 §. initium, h. t.* Acta quoque cum die & cons. edi, receptum est *gl. in l. 1. verb. die h. t. Bal. & Dd. in l. 2. C. eo. Alex. in l. 1 §. 1. h. t.* Neque tamen & Originalia edi necesse est, sed sufficit Exemplum, seu (ut nunc loquuntur) Copiam exhiberi *gl. Bart. & Dd. in l. 2. h. t. Alex. in l. exempla, 12 h. t.* nisi cum aut ad finem probationis editio fit, tunc enim originalia produci debent: quia hæc sola probant. *Auth. si quis in aliquo, C. eod.* aut instrumentum falsum esse dicitur, aut alia causa subest. *Bar. Bal. in l. proc. 7. C. eod.* Utrum autem totum instrumentum vel liber edendus sit, an sufficiat particulam & articulum de quo quæritur, edi, quæstionis est, *vide Bar. Bal. in l. fi C. de præ. emp. off. & in l. argentarius, 10. §. 1. h. t. Iaf. in rub. de oper. no. nunc. num. 8. Spec. de fid. instr. §. 27. vers. sed si omnia.* Siquidem ratio tota, quatenus ad petentem pertinet, edenda est, & à capite, ut inquit I. C. *l. argentarius, 10. §. 1. h. t.* Itemque puto in instrumentis servari oportere, cum solummodò I. C. diem confecti instrumenti excipiat, *l. 1. § pen. h. t.* ut Exceptio regulam in casibus non exceptis confirmare videatur, *vide Dec. in l. 1. de reg. jur.* In libris autem & registris, quorum varia & discrepantia sunt capita, sufficerit eum articulum edi, qui ad causam pertinet, & quo quis usurus est: *d. l. 1 in verb. quibus quis usurus* cum idem ferè in rationibus velit servari Jurisconf. *l. argentarius, 10 §. 1. h. t.* Illud quoque sciendum est, editionem fieri sumptibus petentis: *l. 4. § fi. ubi Dd. & in l. argentarius, ubi Bald. h. t.* & semel tantum faciendam esse, nisi justa ejus reiterandæ causa subsit. *l. 6. §. fin. num 11 seq. h. t.*

14. *Finis & effectus editionis.*

Finis editionis quæ initio litis fit, est: Ut adversarius instrui possit de futura litis specie, *d. l. 1 hoc titul. l. 3. C. eod.* ac inspecto jure actoris, deliberare utrum contendendum putet an non: & si putet, ut veniat instructus ad respondendum *d. l. 1.* Rationum autem & instrumentorum actorumque editio, quæ post litem petitur contestatam, magis fit ad instruendam probationem, *& l. quadam, 9. § nummularios in verb. quarum probatio l. argentarius 10. verb. ad instruendum hoc tit.* vel fundandam intentionem aut exceptionem *l. 5. 6 l. fin. C. eo.* quàm ad speciem litis declarandam. Quòd si porrò editio non fiat, potest Judex resistentem eò adigere ex officio, manu militari. *Bar. in l. stipulationes 72 num. 37 de verb. oblig.* capris pignoribus *l. 1. in verb. ad officium. ubi gl. & Dd. eod.* &c. aut denegata in posterum audientia *glo. fin. in l. 1. §. fin. hoc titul. text. in l. sed et si 2 6. §. aut prætor, 4. ex quibus caus. ma. de aliis remediis vide Innocen. in c. perpetuus 2. d. fid. instrum. Alex. in l. ult. circa fin. C. eod. Bal. in l. 2. num. 2. C. de testam.* quanquam & litigatori ad interesse detur actio, quanti scilicet ejus interfuit editionem factam esse, *l. 6. §. ex hoc edicto. l. 7. 8. 9. l. argentarius, 10. §. 2 hoc tit.*

OBSERVATA.

III. Judic. præparat. Editio actionis.

N. I. *Et sui copiam faciente*) Post in jus vocationem & satisdationem IV. sequitur *Editio actionis.* Licet enim hæc, materialiter considerata & rudiret, prior fuerit ipsâ in jus vocatione veteri, secus tamen est in editione ordinaria per libellum, & propriè sic dicta. Osvvald. Hillig. 23. *comm.* 23. D. Frantzk. *comm. h. n. 2.*

Edere quid.

Edere autem strictè significat profiteri, denunciare, demonstrare, enunciare, qua actione usuri simus, quod aliàs edere judicium, *l. 15. de autor. tut. l. 1. princ. h. t.* Latiùs edere est in publicum proferre, acta, instrumenta, &c. Hic in primis agitur de editione actionis, quæ fiebat olim coram Prætore. Conf. Bach. *in comm. ad l. 1. princ. n. 3. h. t. & ad Wesenb. n. 9. in fin. ibi præcipua fore pars h. t.* Oportebat enim constare de jure agendi, an factum esset tale, ut deo actio competere possit, an non. Inde apud Prætorem causa prius agebatur summatim, & de jure ejus conjiciebatur. Quod si autem non erat ex turpi aut inhonesta causa, concedebatur actio, credebaturque narratis actoris, donec de facto plenè in judicio esset disceptatum. Hincque is edebat actionem, quod fiebat IV. modis, (1) cum actor *copiam* actionis quam allegabat, *adversario describendam dabat,* (2) actionem in libello complectebatur, & dabat, (3) vel ex libello dictabat, aut, (4) adversarium ad album deducebat, *l. 1. §. 1. l. 6. §. 7 h. t.* Breviter: actio edebatur vel sine scripto, per deductionem ad album, vel scriptura interveniente, quæ dicebatur libellus. Postea sublatis formulis, simpliciter narrabatur actio & sic edebatur in scripto. Olim enim edere actionem erat demonstrare jus agendi, hodie est libelli in scriptis offerre, *Auth. offeratur C. de lit. contest. Nov. 53. c. 3.* Add. *N. 112. c. 1. pr.*

Quomodo olim fiebat editio actionum.

Conf. Gloss. in *l.1.§.1.h.t.* Deductioni tamen ad album ferè assimile est, quod jure novissimo actio in causis summariis oretenus proferenda, sec. *Clem. ult. de V. S.* Caeterum quod apud Romanos initio prior fuerit editio actionis in jus vocatione simpliciter, opinio est Vultei *ad pr. de act. n.44.* quam refutat D. Frantzk. *d.l.* Add. *l.33. de judic.*

N. II. *Libellus, scriptura*) Vel dici potest *brevis scriptura, actoris intentionem continens.*

Libellus est syllogismus.

N. III. *Quidam quasi syllogismus*) Constat enim omnis libellus *Syllogismo* & vel *perfecto seu pleno* vel *imperfecto seu minus pleno & Enthymemate.* Ille est in quo tres illae propositiones, de quibus Autor *princ.* Hic vero in quo major propositio, seu justa causa petendi omittitur; cum jura judici debeant esse notissima, & tantummodo factum cum subjecta petitione proferri *sec. Aristot. 1. Rhet. 1.*

An opus petitione in criminalib.

Non etiam in criminalibus) Verum hoc est in delictis publicis, quae certam in jure poenam habent, & hactenus, ut non opus sit poenam petere; lex enim ibi concludit, non accusator; Aliàs tamen opus est, ut petat aliquo modo, & concludat accusator, den angeklagten der begangenen Ubelthat halber nach anweisung der Rechten zu straffen. Vid. Gail 1. *O.6. n.18.*

Species libellorum.

Species libellorum usitatæ duo) Sed & aliae sunt non minus usitatae species. Sic enim ratione formae alius *simplex* seu *summarius*, (non distinctus articulis & per verbum wahr) & *articulatus.* Alius *conventionalis*, alius *reconventionalis.* Alius *principalis* seu primae instantiae, alius *appellatorius, supplicatorius*, qui in secunda instantia producitur.

Libell. ineptus.

N. IV. *Concludentem*) Nam non concludens, h.e. ineptus, nunquam à judice admittendus est, sed dentibus, ut loqui amant, lacerandus, parte licet non petente. Ineptus autem quis dicatur, explicat Gail. 1. *O.56. n.14. & Obs. seqq.*

Obscurus

Non obscurum) Quo judex certam sententiam, quae libello conformis esse debet, ferre possit. Dicitur autem obscurus ferè ex quinque causis. Vid. Gail. 1. *O.62. n.3.*

Libellus Incertus

Non incertum) Incertus est in quo nil certi petitur aut concluditur. Admittitur tamen (1) si incertitudo veniat ex parte objecti, ut in obligatione alternativa, generali, & obligatione faciendi, aut si incertitudo sit ratione rei quae petitur *l.1.§.4. quod legat. arg. l.13.§. fin. de re judic.* (2) si justa fuerit actoris ignorantia, *l.76. §.1. d. R.V. §.33. I. de action.* (3) Si contra libellum incertum nihil opponatur. Conf. Gail. *d.1. O.62. & 66. n.7. & seqq.*

Generalis.

Neque generalem) Generalitas enim obscuritatem habet, & incertitudinem. Sed & hoc regulare est, ideoque aliquando & generalis libellus admittitur (1) in judiciis universalibus & haereditatis petitione, item petitione dotis *arg. l.1. de rei vind.* Ratio in dote est, tum quod sit universitas rerum *l.1.§.4. de dot. praleg.* tum quod dotis fructus tam ante quam post matrimonium solutum percepti, item alia quae in fructu non sunt, dotem augere videantur *l.5. de impens. in res dot.* (2) Exceptio est in judiciis generalibus, ut tutelae, pro socio, de peculio. Vid. tamen Bach. *vol. 1. disp. 4. th.11.*

Alternativus.

Aut alternativum) Exceptio est (1) Si ex obligatione alternativa agatur, *§.33. vers. hunc autem de action.* (2) *in materia l.2. C. de rescind. vendit.* quia secundum, *d.l.2.* emtor aut precium supplere, aut rem venditam reddere tenetur. His (3) Gail. 1. *O.62. n.8. & 9.* addit actionem hypothecariam, qua liceat creditori contra possessorem hypothecae agere, ut aut solvat, aut pignus restituat, per *l.16.§.3. de pignor. l.12.§.1. quibus mod. pign. vel hypoth. l.2. eod.* Verùm minus rectè. Etenim hypothecaria non nisi actio realis est *l.17. de pignor.* Ideoque nescia praestationum personalium, *arg. §.1. in fin. de act.* nec possessor conveniri potest ut solvat, quia ad hoc teneretur ex contractu, qui ipsum tamen non stringit, sed debitorem saltem principalem, *arg. l.23. de O. & A.* Nec officiunt LL. oppositae: quia quod in illis dicitur, si possessor conventus solvat, debitorem liberari, id verum quidem est, sed causa hujus non est possessoris obligatio, nihil enim cum ipso contractum fuit, sed quod soluto debito principali non possit etiam non tolli jus pignoris.

Requiritur Libell. & in criminal. accus.

N. VI. *Criminalibus*) *d.l.3. de accus.* Diss. Treutl. *d. disp.4. th.12. lit. D.* restringens hoc ad crimina non notoria. Verùm si per viam accusationis procedatur, hoc manifestè falsum est, tum quod notorietati in criminibus non ita temere credendum; tum quod reus, etiamsi maximè notorium sit crimen, exceptionibus tamen defendi possit. Nec contrariatur *l.7. C. de accusat. l.1. C. fals. mon.* constat enim eas LL. non loqui de accusatione, sed delatione officialium, quae solennia nulla, ideoque nec libellum desiderat.

Non tamen semper) Adde Bach. *d. disp.4. th.12.* ubi haec ferè singula & alia eò pertinentia bene explicat.

An scriptus. Dist.

N. VII. *Scripto complectenda*) At vero per *l.1.§.1. h.t.* illud minimè probatur, cũ exinde constet, & edi actionem sine scriptura per deductionem ad album. Rectius forte defenditur Wes. per *Auth. offeratur C. de lit. cont.* Ita ut jure quidem veteri scriptus libellus non requiratur, attamen jure Codicis. per *d. Auth.* quae etiam videtur esse mens Gloss. in *d.§.1.* & Conf. *notat. ad n.1. verb. & sui copiam h.t.*

An necesse ut in lib. exprimatur nomen actionis? Negat. indistincte.

Nullum ejus nomen) *Q. an necesse sit in libello exprimere nomen actionis?* Jure Canon. id expeditum est, non requiri, *arg. all. c. dilecti de judic. c. ult. de lib. obl.* Jure civili distinguit Wesenbec. inter jus Dig. & Codic. & illo putat non fuisse necessarium, per *l.1.§.1. h.t. & l. quoties C. de dignit.* hoc vero jure id necessarium existere, per *l.3. C. h.t. & l. fin. C. de interd.* Alii hoc simpliciter affirmant. Verum rectior est sententia communis simpliciter hoc negans, etiam de jure civili, (1) per *l.1.§.1. h.t.* ubi nomen non requiritur, (2) quod perinde sit utrum per nomen, an verò aliter denominetur, *arg. l.6. de reb. cred. l.34. de condit. & demonst.* Et libellus jure veteri erat enunciatio & professio actionis contra reum instituendae, facta coram praetore: in illa vero non nominabatur actio, sed saltem narrabatur, ut species quaedam futurae litis inde posset dignosci *l.3. C. h.t. l.1. §.1. eod.* Quamvis autem in formula, quam ex narratione ista concipiebat Praetor, nomen actionis ponebatur, tamen illa non poterat dici libellus, nisi materialiter: quia etiam tempore Constantini M. desierunt formulae. E. etiam nomen actionis iisdem insertum, *arg. l. unic. C. de form. & impetr. sublat.* Nec officit *l.3. C. h.t.* Nam ibi saltem dicitur, editam actionem (non editum nomen actionis) speciem (i.e. figuram) futurae litis demonstrare: quoniam etiam edita actio dici potest, ubi tamen nomen actionis non est expressum, sed narrata fuit intentio actoris, per *l.1. §.1. sb. 1.* Nec magis juvat Autorem *l. ult. C. de interd.* ubi omissis solennitatibus jubetur Actor actionem exprimere; Nam qui exprimit actionem, non statim etiam nominat: quia sine actione non poterat quis agere & propterea erat exprimenda: at etiam exprimit, qui mentem suam exponit, & intentionem narrat, & aliàs sequeretur actionem praescriptis verbis exprimi non potuisse. Atque haec sententia etiam in praxi servatur, & adeo vera est, ut nec opus sit nominare actionem tum, quando ex facto unde plures actiones descendunt, agitur, v.c. ex furto, *§. fin.*

de

de Oblig. quæ ex delict. ex arboribus cæsis, damno injuria dato, *l. 1. arbor. furt. cæs.* ubi sufficit conclusionem ita formari, ut judex scire possit qualem sententiam condemnatoriam proferre debeat. Addesis noviss. Mæstert. *de inst. LL. Rom. l. 1. dub.* 30. Zoesium *h. n.* 8. consentientes. Aliter dissentire videtur Dn. Perez. *C. h. n.* 7. asserens jure Dig. necessariam fuisse nominis expressionem, non verò jure Codicis. add. nunc Dn. Brunnem. *in d. l.*

Libellus ut est truncus arboris judiciariæ.

N. VIII. *Fundamentum judicii*) Vocari etiam solet truncus arboris judiciariæ. Sicut enim truncus rigat totam arborem, ita libellus rigat totum processum: ad eum referuntur omnes actus, præcipuè litis contestatio, probatio & sententia.

Ineptus ratione juris.

Ineptum respectu juris (Ut si quis contra possessorem velit ex contractu agere, si causa inepta exprimatur, ac intentio vel conclusio quoque inepta sit.

Libellus emendari potest ante lit. cont. & post. aut saltem mutari.

Tamen communis conclusio est) Et hanc etiam hic amplectimur, contra Wes. (1) *arg. Nov. 112. c. 3. princ. ibi: actorem cœptum negocium* (qui enim cœptum negotium, sc. quoad illius substantialia, usque ad finem litis exercere, peragere debet, is etiam non debet id, ubi res non amplius integrâ, lite contestatâ sc. immutare:) (2) quia ut quodammodo in contingentibus post litem contestatam alia interpellatione opus est, *l. a 2. de judic.* ita etiam in iis, quæ contra vel præter tenorem libelli post litem contestatam inferuntur, idem est dicendum, (3) per litis contestationem quasi contrahitur, & litigantes instantiæ obligantur, *arg. l. 3. §. 11. de pecul. auth. qui semel. C. quomod. & quand. jud.* E. alterâ parte invitâ ab eadem recedere non licet, *arg. l. sicut C. de O. & A.* (4) quod postea noviter immutatur & affertur, ad eandem instantiam non pertinet, sed novam requirit, *auth. offeratur. C. de lit. contest.* Atque ita etiam sub distinctione Authoris accipienda est, *l. 3. C. h. t.* & facit in hac sententia nobiscum Dn. Carpz. *p. 1. c. 11. d. 13. et d. t. 2. & 3.* Emendare autem est *mendum & errorem tollere* accidentalem, ut quando obscurus fuit libellus, generalis, incertus, *l. 46. de re judic. l. 66. de judic. arg. l. 4. §. f. de noxal. act.* contra stylum curiæ. Vel, ut ait Obrecht. *de libel. cap. 20. n. 14.* emendatio consistit circa reliqua libelli, solùm causâ petendi excepta. Eodemque pertinet si in judiciis universalibus res v. c. hæreditariæ, antea non expressæ subjiciantur, æstimantur enim illa judicia ex universitate, Carpzov. *d. l.* Mutare autem libellum est veteri relictâ novam intentare, seu mutare essentialia, h. e. rem petitam, causamve petendi originalem. Diss. Wesenb. *h. & in §. si minus de action.* indistinctè asserens, tam post, quam ante litem contestatam licitam esse emendationem, & correctionem. Nec officit. *l. 4. §. fin. de noxal. act.* per quam *d. loc.* maximè in contrarium movetur Autor, & firmissimam censet Zoes. *h. n.* 12. Quod enim ibi post litem contestatam ex actione directa fiat noxalis, per hoc non mutatur ipsa in se actio aut causa petendi, neque factum principale, facinus scilicet servi, sed qualitas tantùm adventitia, quam semper mutare licet: indeque Wesenb. sec. DD. communiter, eandem *l. h. t.* non malè refert ad libelli emendationem. Eodemque referri potest §. 35. *de action.* ut error in re petita corrigi, emendari possit, ubi lis non erat contestata, Dn. Ungepaur *exerc. 15. q. 7. pr.* Ad *l. 18. §. f. de vi & vi arm.* objici solitâ, dici potest, ibi successivè factam esse in uno & eodem judicio cumulationem, ut in *l. 12. §. 1. de acq. poss.* Neque etiam *l. 84. §. qui servum de leg. 1.* aliud statuit, quàm quod mutatione factâ actionis, aliud judicium oriatur. Accuratiùs nonnihil quoad nostram sententiam distinguit Bach. *d. disp. 4. th. 13. lit. D.* & idem repetit ad Wesenb. *n. 1. & 4. h. t.* qui addi potest. Neque tamen prædicta sic intellecta volumus, q. libellum mutare post litem contestatam sit præcisè impossibile. Nam vera ista sunt sic, ut mutatio fieri nequeat salvo eodem judicio seu instantiâ. Substantialia enim q. contractus litis contestationis consistunt in re petita & causa petendi. Quandiu ergò hæc manent, unus & idem est contractus, instantia, judicium: ubi verò ista mutantur, novus contractus fit, *arg. l. 7. §. 6. pact. l. 2. de resc. vend. l. 72. in fin. de contr. empt. l. 1. quand. al. empt. lic. rec.* E. etiam desinit anterius judicium. In quo quidem ut reus comparear & respondeat, æquum est, sed refusis priùs ipsi expensis, *arg. l. 79. de judic.* Conf. Dn. Ungep. *d. exerc. 15. q. 7.*

Quæ sint edenda præter libellum.

N. X. *Alia libelli, &c.*) Videntur illa quæ petuntur edi, commodè revocari posse ad 3. capita (1) ad acta, (2) instrumenta, (3) ad rationes. Acta sunt scripturæ illarum rerum, quæ apud judicem aguntur, *l. 2. h. t.* ut protocolla, leges, statuta, mores, processus, &c. Instrumenta scripturæ de rebus inter homines gerendis legitimæ confectæ, ut privilegia, literæ, investituræ, Commissiones, Obligationes seu contractus, &c. Rationes habent paginam accepti & expensi, *l. 6. §. h. t.* ut est v. c. liber, charta, quæ continet consignationem, computationem datorum & acceptorum.

Explicatur Autor de causa eff. editionis.

N. XI. *Perobscurus hic* (Autor accuratiori indiget explicatione. De causa efficiente editionis dicturis consideranda est editio, ut in aliis fieri assolet, vel *absolutè*, vel *relativè*. Illo modo editio causam efficientem remotam, quoad introductionem habet ipsum *jus Gentium*: Hoc modo *jus civile*, & in specie, edictum Prætoris. Causa verò propinqua editionis est *obligatio, quæ ex jure descendit*, qua alter adstringitur ad edendum. Est autem hæc obligatio ex jure vel *mediatè*, vel *immediatè*, *arg. l. 9. ibi: quia id consequi possumus h. t.* Illo modo, quando per factum aliquod externum (quod hic contractus) est inducta, ex princ. rectæ just. Cujusmodi societas, mandatum, negotiorum gestio, tutela *arg. l. 9. h. t.* Hoc modo, quando quis citra factum hominis immediatè, ex summa æquitate ad edendum obligatur, quo pertinet hoc edictum, *arg. l. 1. princ. l. 4. §. 1. l. 6. § 4. l. 9. princ. l. fin. h. t. l. 8. C. eod.*

Quæ obligatio mediata vel immediata.

Ex hinc etiam facilè judicari potest de actione ad edendum. Enimverò cùm sit ex obligatione, semper quidem personalis est: at qualitate tamen divers. Nam *nativa* est, quando ex contractu oritur, & eadem quam Autor ait ex mercenario esse officio (de quo tamen citata Gloss. nihil habet) & mox *in seqq.* vocat ordinariam. *Dativa* verò cæteris casibus, & ex hoc edicto, per *l. 1. & alias supra adductas, item ex edicto l. 1. testam. quemadm.* nec non quando ad edendum agitur per implorationem nobilis judicis officii, jure singulari. Vid. Gloss. non *in l. ubi* 8. *ff.* sed *in l. 1. ad verb. officium C. h. t.* Aliter Autorem hic in notis explicat Bach.

Quæ actiones competant pro editione.

Ea vero fit aut principaliter) Editio petitur (1) vi *actionis*, quando propria singularis actio datur, ut pro socio, mandati, negot. gestorum, tutelæ *l. 9. ibi: quia id consequi possumus, &c. h. t.* (2) propter *æquitatem*, in factum actione ex hoc edicto *d. l. 9. ibi: per meinm in factum actionis h. t.* (3) itidem propter æquitatem, & deficientibus aliis actionibus, *imploratione officii judicis.*, seu, ut hodie fit, supplicatione pro mandato compulsoriali ad edendum. Vid. Petr. Frider. Mindan. *de process. mandat. lib. 2. c. 48.* (4) per modum exceptionis, quem non bene videtur percipere Bach. ad Wes. *h.* Autor verò rectè explicatur *ex l. 5. & 6. C. h. t.* Cæterùm ab eo, quod hactenus de actione ad edendum asseruimus, divertit Oldendorp. *class. 1. act. 8. n. 3.* putans eam esse ex delicto petitam à judice, contra rem exhibere nolentem, *l. 8. princ. & §. 2. h. t.* Verùm R. (1) quod adversarius dolo aut ex contumacia non restituit

per accidens est, & inspiciendum hic non illud, quod institutâ jam actione accidit, sed quæ causa sit petendi, (2) Aliàs sequeretur, tum quando adversarius paret judici, & edit, actorem quid petierat, non habuisse actionem ad edendum, quippe cessat tum dolus & contumacia.

Quæ tenetur actor edere reo.

N. XII. *Omnia instrumenta*) Verùm rectiùs distinguitur inter rationes & instrumenta. Illas actor reo petenti tenetur edere omnes, etiam quibus contra reum non est usurus, *per l. 5. & 6. l. fin. C. h. t.* Quod etiam in aliis documentis præter Rationes, locum habere dicit Do. Brunnemann, *in dd ll.* Hæc verò indem quidem edere obligatur actor, sed non nisi illa, quibus contra reum est usurus, *per l. 1. §. 3. h. t.* Nec obst. *l. 3. C. h. t.* quia non loquitur de casu, quo actor tenetur reo edere instrumenta, sed de libello.

An & quæ reus actori.

A reo verò actori non item) Regulariter hoc negatur *per l. 1. l. 4. C. h.* quod actor ipsomet debeat instructus venire, *l. 2. C de delat.* Exceptio est (1) si actor vel ejus procurator rationes scribi mandavit, & ejus intersit (quæ conjunctim requiruntur) *l. 6. §. 5. l. 5 §. 1. h. t.* (2) Fiscus potest de domo rei sumere probationes *l. 3. h. l. 2. § item de jur. fisc.* quod extenditur ad Ecclesiam, ad causam matrimonialem, dotis, pupillorum, legatorum piorum, hospitalium &c. quæ est sententia Autoris *in vers. quam ob rem æquius h. n.* Vid. Mynf. *in c. 1. de probat.* Dn. Brunneman. *in l. 4. C. h. t.* (3) Judæus reus tenetur edere instrumenta (4) quidam ratione officii, ut argentarii numularii *l. 4. l. 10. h. t.* (5) si præcessit contractus ut societatis, mandati, &c. *l. 8. eod.* (6) si jure dominii instrumenta pertineant ad actorem *l. 6. §. 5. h. t.* (7) si instrumenta sint communia, ut emtionis, venditionis, locati conduct. *l. 4. §. 3. fam. ercisc. l. 7. C. h. t.* Jung. Gail. 1. *O.* 106. *n.* 1. *& seqq.* (8) in duplicibus judiciis, quia in hisce reus etiam actoris vices sustinet, (9) si veritas aliter haberi nequeat, maximè si inutilia reo, actori verò utilia esse possint. Vid. Menoch. 2. *arbit. judic. qq. cent.* 5. *cas.* 899. *n.* 55. *& seqq.* (10) Quoad fundandam actoris replicationem *l. fin. C. eod. tit.* Ut ago contra Titium, cum quo habui rationes communes, e.g. ex societate, ad solvendum residuum. Reus negat debitum, rectè peto editionem rationum, ad fundandam meam replicationem; ex editis enim rationibus constabit, de dato & accepto. Restringit autem Wes. hoc rectè tantùm ad rationes, & de instrumentis negat, per 5. argumenta hic prolata. Ubi tamen notandum, quod & hic sint casus excepti, & reum teneri edere aliquando etiam instrumenta, pro fundanda replica actoris, si æquitas hoc exposcat, ut in casu *l. pen. §. fin. ad l. falcid. & l. 48. de act. emti.* ob facti circumstantias, add. D. Brunnem. *ad d. l. f.*

An qui petit ... tenea... ... de cal.

N. XIII.) *Certè in judiciis non usque quaque*) Fortè hic intelligit Autor jus Saxon. quo ejusmodi juramenti calumniæ exactio non sit in usu, item quandò aliàs in initio præstitum est id juramentum. Secus enim est jure communi, per expressos textus *l. 5. §. 2. l. 9. §. 3. h. t.* Salicet in *l. 1. C. eod. n.* 6. Pacian. *de probat. lib.* 1. *c.* 64. *n.* 76.

An edenda instrum. cum die & consul.

Sine die & consule) Verùm hoc quando ante litem contestatam eduntur instrumenta *d. l. 1. §. h. t.* Ergò exceptio (1) in instrumentis, quæ post litem contestatam probationis causa proferuntur: (2) si instrumenta fuerint communia, *arg. l. 4. §. 3. fam. ercisc.* (3) si petentis propria, (4) si petens instrumenta eadem velit falsi arguere, *arg. l. ult. C. de fid. instrum.* (5) in rationibus, licet ante litem contestatam producantur, *d. l. 1. §. 1. h. t.* Conf. Gloss. *in l. 14. C. contrah. & comm. stipul.*

Quæ actio ex h. edict.

N. XIV. *Aut denegata imposterum audientia*) Plures huic affines modos, quibus nolens edere potest coerceri, habet Wes. *in C. h. ad fin.* Insigne est, quod instrumenta edere jussus, si neget ea se habere, jurare teneatur se ea nec habere, nec dolosè aut malitiosè habere desiisse, *l. fin. C. de fid. instrum.* Quod si & hoc detrectet, si reus est, instrumenta pro editis & recognitis habentur, aut si actor exempla edidit, reusque nolit proferre originalia, tum exemplo creditur, *l. 58. de admin. tut.* Si verò actor est, qui detrectet, is causa cadit, instrumenta declarantur nullius fidei, & ulterior audientia vel actio denegatur. Atque hoc ultimum de denegata actione vel audientia, ut & pleraque alia extra ordinem hic justa sunt.

Ad interesse detur actio) Hæc est illa actio ex hoc edicto, *seu in factum prætoria, personalis, dativa quæ datur illis, quorum interest principaliter, aut per consequentiam aliquid edi, adversus actorem vel reum, ad id, ut edatur illud, vel præstetur id, quod interest l. 8. §. 1. & passim. h. t.*

TITULUS XIV. C. 2. 3.

De Pactis.

1. Continuatio tituli.

EDita actione, omnique jure atque instrumentis actoris reo communicatis, sæpenumero fit, ut priusquam respondeat reus, aut exceptionem Pacti transactionisque factæ, qua litis ingressus impediatur, *vide Cast. Ias. & Dd in l. 4. & 5. C eod. l. nam posita. 9 ubi Bar. de jurejur.* objiciat, aut si nulla præstò sit, parandam mox illam sibi existimet: postquam scilicet cognito actoris jure, de eventu litis dubitari incipit, *l. sed et si. 25 §. si ante s. de pet. hær. l. nemo. 10. C. de acquir. possess.* mavultque cum adversario quavis ratione pacisci, aut transigere, vel etiam in jure cedere, *l . in prin. de Edendo. quam de cessione juris intelligit Contius disput. lib 1. c. 12.* quàm litis exitum, qui dubius esse dicitur, *l. quod debetur. 51 de peculio. gl. fin. in l Lucius 78. ad Senatusconsult. Trebell.* cum suo detrimento diutius præstolari. Quare rectè atque ordine faciunt juris compositores, ut post tractatum de Edendo, prius de Pactis & Transactionibus disputent, quam ulterius in judiciorum expositionem progrediantur.

2. Definitio nominis & rei, quatenus pactum à Contractu Transactione & Conventione differat unde dictum sit pactum & quid sit, & quam variè sumatur.

Pactum differt à Contractu & Transactione, sicut genus à specie: utroque enim latius patet. Nam Contractus illas tantummodo conventiones comprehendit, in quibus obligatio inest mutua, seu ut loquitur I.C. *συνάλλαγμα l. Labeo 19 de verb. signif. Theo. in § fin Inst. de oblig.* Transactio tantum ad ea conventa pertinet, quibus res dubiæ terminantur, & finem accipiunt *l. transact. 12. cum l. seq. de verb. sig.* Pactum autem velut genus, omnes contractus, transactiones, & si qua sunt similia promissa & conventa, complectitur, sive *συνάλλαγμα* contineant, sive non contineant: sive rem transigant, sive non transigant, *l. § 1 in verb. quicquid contrahendi transigendique causa, &c. hoc tit.* Ac videtur idem esse Pactum, quod Conventio: *Cujac. ob. lib. 2 ca 15 Paul. lib 1 tit de pac.* quamvis Duarenus & alii quidam, Conventionem latius patere, quam Pactum velint & hoc a Pactione rursus ita distinguant, quasi Pactum quiddam sit specialius, quam Pactio: quod non ita est. Nam pactum a pactione est, ut inquit Ulpian. *in l. 1. in prin* hoc est, existit ex pactione, sicuti effectus ex causa, obligatio ex contractu, *l. licet §. ea de procur.* Quare aliud alio latius patere, non est consentaneum: præsertim cum definitio quæ hic pactioni tribuitur, alibi pacto subjiciatur *l. 3. de pollicitat.* Sed & conventionem & pactum idem esse, multa ostendunt. Nam Convenire, idem dicitur quod pacisci, *l 1 hoc tit.* & multis passim locis, *l jurisgentium 7. § sed cum nulla cum seqq hoc tit. & in l. solent 15. de præscript. verb.* promiscue I.C. utuntur vocabulis Pactionis & Conventionis. At Cicero *lib. 2 de Inventione pro Cæcin. & alibi* nihil distinguit conventionem a pacto, sed alterum per alterum definit. Pactum, inquit, est quod inter aliquos convenit, sic Ulpian.

in l.1 § 1. hoc titul. Pactum, inquit, est duorum consensus in idem placitum: quem consensum mox *in d.l.1.§.1.* appellat conventionem: Conventionis, inquit, verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. Ex quibus intelligi utcunque potest, Conventionis, Pactionis. Pacti nomina æque generalia esse, & eandem obtinere significationem. Pactum & Pax, ab antiquo verbo Pago est: unde etiam nunc, præteritum Pepigi in usu: cujus verbi meminerunt Quintilianus, *lib.1.cap.12.* & author ad Heren. *lib.2.cap.4.* Pactum, inquit, *in lib.1. hoc titul.* Ulp. a Factione dicitur: unde & Pacis nomen: quasi dicat, a Pago est verbale Pactio: & hinc substantiva, Pax & Pactum. Ac fortasse pro Ducitur, scripsit Ulp. Dicitur. *ut in l.1. in prin. ubi dixi sup. de just. & jur.* A pactione enim verè existit, & ducitur pactum, sicuti effectus à causa, aut obligatio ex contractu *l. licet. 42. § an obligatio de procurator.* Pactio enim est ipse actus, sive factum contrahendi, cujus respectu pacta & contractus dicuntur esse facti, *l. consil. 7. § fin. de curat furio.* Pactum autem propriè est jus quod ex pactione existit, sive obligatio quæ ex paciscendi acto nascitur. Sed ut sæpenumero causa & effectus confunduntur: sic his vocabulis Pactionis & Pacti, I.C. promiscuè sunt usi, *l. jurisgentium. 7. § sed cum nulla. cum seq. hoc tit.* Quam ob rem & nos iis, absque discrimine utemur. Pactio igitur, sive Pactum in hoc titulo, & passim in toto jure bifariam accipitur. Primum in genere pro omni contractu, transactione, & qualicunque conventione: ut & apud Ciceronem: *lib.2. de inven. & in Partitio orator.* cum pacti nomine comprehendit omnia, quæ inter aliquos conveniuur: qua de significatione plura Jason *in Rubrica. C. de transactio num. 1. & 2.* Hoc in significatu Ulpianus Pactum ita definit, *in l.1. in prin.* Ut sit duorum vel plurium, in idem placitum consensus. Consensus loco generis ponitur, quia latius patet quàm pactum: ut, verbi gratia, in consiliis, in doctrinis Philosophicis, in aliis deliberationibus & disputationibus, potest esse plurium in idem placitum consensus, qui tamen pactum non efficit. Additur Duorum vel Plurium tanquam causa efficiens. Neque enim solus quispiam vel sibi ipsi pacisci potest, quia nemo sibi obligatur. *l. 2. de stipula. ser. vor. l. pen. de recept. arbitr. Bal. Salic. Ias. & Dd. in l. debitori. 7. C. de pact.* & cum absentibus Pollicitatio esse potest: Pactum, nisi præsens quis absentis nomine acceptet, iniri non potest: *vide Dd. in l. tale pact. 40. hoc tit. & quæ infr. dicemus.* ut hanc propriam differentiam inter Pactum & Pollicitationem nostri tradunt *glo. Bart. & Dd. in l. juris gentium 7. § sed cum nulla. ubi Ias. num. 3. hoc tit.* Forma specifica quæ facit differentiam, est in verbo Placitum: quod venit a Placeo, & propriè significat id, quod post multas altercationes tandem a pluribus approbatur, & quo animi, ab omni dissensione placantur & conveniunt in unum: quod proprium est contractuum & pactionum, in quibus paciscentes primum de re aliqua controvertere disceptareque, ac tandem post longam altercationem in unam sententiam convenire solent *l.1. §.3. hoc titul. l. si voluntate 8. C. de rescin. vend.* Dico, Convenire. Nam hac in materia significantius est verbum Conventionis, quo usum in ejusmodi definitione Ciceronem diximus, quam Consensus, quo I.C. utuntur: quia consensus latius patet, & extra rationem pacti extenditur: conventio porro propriè pertinet ad ea, de quibus negotii contrahendi causa partes consentiunt *l. 1 § 3. hoc tit.* Quare non incommodè hoc quoque modo definiri ita generaliter acceptum potest. Ut sit duorum vel plurium, de re sua, seu negocio contrahendo, puta de aliquo dando vel faciendo, honesta & licita conventio. In hac definitione, præter causam efficientem (quæ est in verbo Duorum Pluriumve) ostenditur materia in verbo, de Re sua. (nam de alienis non possumus pacisci, ut postea dicam.) Item causa finalis in verbo, de Negocio contrahendo, seu aliquo Dando vel Faciendo. Quibus verbis etiam contraria negativa implicata est, videlicet. Ut aliquid Non detur, non fiat *gl. & Dd. in l. 2. in prin. ad verb. in dando. de verb. oblig.* Ad materiam spectant & illa verba: Honesta & Licita conventio. Nam pacta quæ aut contra honestatem, hoc est, jus naturæ fiunt, aut illicita sunt, hoc est, contra leges civiles seu contra juris regulas, ut loquitur I.C. *l. contra 28 hoc tit.* ea pacta dici non possunt. Deinceps Pactum, propriè & in specialiore significatu, sumitur pro ea conventione, quæ separata est à contractibus Nominatis & Innominatis: ut ait Jason *in l.7. § sed cum nulla. num 27. hoc tit.* Qualia sunt pacta, quæ nullum συνάλλαγμα continent, & sola conventionis æquitate subsistunt: *d. § sed cum nulla.* unde & Pacta conventa dicuntur, *d. l.7. §. ait prætor. hoc tit.* aut Placita, *l. cum proponas 21. C. eod. l. transactionis 7. C. d. transact.* aut Nudum pactum: *d. l. jurisgentium. 7. § sed cum nulla. l. in bonæ fidei 13. C. eod.* quæ vox (Nudum) Epitheton pacti est, non [illegible] (ut in *l. 1. de dol. mal.* Dolus malus dicitur ad differentiam Boni) quasi aliquod è regione pactum Vestitum existat. Dicuntur enim pacta Nuda, non quòd Vestitis opponantur, sed quia nuda pactionis æquitate constant: etiam tum, cum ad agendum sunt efficacia, ut & nostri loquuntur. Vestita *tot. tit. C. de don. per l. jurisgentium. 7. § sed cum nulla. quinimo l. si unus 27. § pactus hoc tit.* Semper enim nudum est, quo pactum est, licet actionem ponat, quatenus in contractum cadit. *l. divisionis. hoc tit. l. ult. C. de rer. permut. l. 1. C. de pac. conven.* quo sensu Voluntas, & alia multa in jure nostro, Nuda dicuntur. *§ interdum Inst. de rer. divis. § ult. Inst. de hær. qual. & diff.* Hoc in significatu pactum ita definiri potest: Ut sit nuda conventio, quæ nullum συνάλλαγμα, seu mutuam obligationis causam contineat, super re certa facta, nullam producens Jure civili actionem, sed ex edicto Prætoris ad excipiendum accommodata. Jason pauld aliter: *in d. l. 7. § sed. cum. nulla. num. 32. hoc s.* Pactum, inquit, est promissio quæ fit non præcedente interrogatione. Sed hæc definitio, ut brevis est, ita & in reprehensionem incurrere potest. Nec enim satis distinguit Pactum a Pollicitatione, quæ & ipsa promissio est sine interrogatione, *tot. tit. de pollicitat.* non etiam conventio, sicuti pactum. Deinde non secernit pactum a contractibus Innominatis: ac ne a Nominatis quidem plerisque, in quibus non tàm ordo interrogationis & promissionis, quàm συνάλλαγμα rerum & consensus considerantur.

3. *Natura pactorum & proprietates.*

Proprium quo pactum a pollicitatione secernitur, est: Quod pactum tantum fieri possit alteri præsenti & acceptanti, vel suo nomine, vel alieno: *l. a. l. tale. 40. ubi Dd. h. s.* pollicitatio autem tam absenti quam præsenti, etiam non acceptanti: ut rectè distinguit Jason *in Rubr. de verb. obligat. n. 6. & 7.* Proprium duplex, quo pactum differt a transactione, pauld post ponit I.C. *in l. 1. infr. tit. 1.* Pactum, inquit, fit super re certa, & gratuitò, hoc est, animo donandi. Transactio autem fit ob causam, & de re incerta, hoc est, dubia & litigiosa, nam de re certa non potest transigi. Etsi autem pacta etiā fieri possunt ob causam: tamen propria sua natura, omnia pacta sunt gratuita, hoc est (ut loquuntur Dd.) aptitudine & potentia gratuita sunt, quamvis non actu. *d. l. 1. ubi Dd. infr. de transact. Bart. hoc & Cyn. Rub. de pact. & optimè Andreas ab Exea in repetit. hujus Rub. n. 3.* Inspicitur autem magis id, quod est in aptitudine, quam quod est in actu *l. 1. § quotidiana. de aqua quotid. & æstiva gl. in § his autem ad verb. æstimaretur Instit. ad l. aquil.* Proprium etiam pactorum est, non in Personam, sed in Rem esse & dirigi. Unde dicitur: Omnia pacta sua natura esse realia. *l. jurisgent. 7. pactorum ubi Bart. l. & hæred. 25. § penult. hoc tit. Schurff cons. 49. cent. 1.* quod verum est, respectu transmissionis, non etiam respectu obligationis. Nam hactenus pacta sunt personalia, & personas obligant, non res, & naturaliter non transeunt extra personas paciscentium, *l. si unus. 27. § si ante hoc tit.* sed illo respectu realia dicuntur, quia non commoriuntur cum persona paciscente, sed transeunt in successorem: tam universalem, ut est hæres, *l. epistola. 52. § 1. hoc tit. l. si pactum 9. de probat.* quàm singularem, ut est emptor. *l. si tibi 18 § pactum. ubi Bart. hoc tit.* Pactum etiam sua natura stricti est juris. *gl. in l. pacta. 6. ad verb. nullam. C. eod. & in l. 7. § quinimò. ad verb. quinimò hoc tit.* sicuti & reliqui contractus Innominati, extra Permutationem & Æstimationis conoactum *§ actionum. ubi Fab. & Ias. n. 12. Institut. de act.* nisi cum contractibus bonæ fidei apponitur, ut emptioni, locationi, &c. Nam contractus accessorii, semper induunt naturam principalis contractus cui accedunt. *l. 4. de usur. Ias. in l. 1. in princ. de verb. oblig.* Quamquam autem Accursius *d. l. 6. & in d. § quinimò.* opinetur, etiam hoc casu pacta stricti juris permanere: tamen verior est, & receptior contraria opinio: *Bart. & Ias. n. 17. in d. § quinimò, Ang. & Fab. verb. 12. & 32. in d. § actionum.* ut videlicet pactum bonæ tum fidei esse judicetur, cum ex pacto emptioni apposito, veniant fructus a moræ tempore, *l. 2. C. de pact. int. emp. & vend.* secundum naturam judiciorum bonæ fidei: *l. mora. 32. § in bonæ de usur.* qui si strictum esset hoc pactū, tantum a tempore litis contestatæ deberentur *l. lite contestata. 33. l. videamus. 19. de usuris. l. cum fundus 31. in princ. si cert. pet.*

4. *Divisio & species pactorum.*

Divisiones autem pactorum, quæ in hoc titulo passim recensentur, partim referendæ sunt ad pactum, in generali significatu sumptum: partim ad pactum utrovis modo, vel generaliter, vel propriè sic dictum. Ad pactum in genere sumptum referri debet divisio Ulpiani *l. 5. hoc tit.* cum ait: omnia pacta aut Publica esse, aut Privata. Publica conventio est, quæ fit per Principem aut Ducem belli reipublicæ causa: quæ proprie non pacta, sed Fœdera Latinis dicuntur. Hæc autem eadem ratione secerni possunt a pactis privatorum, qua jus publicum a jure privato, *l. 1. § hujus autem studii de just. & jur.* Nam in publicis inspicitur non tam quid receptum sit jure gentium aut legibus, quam quid necessitas & usus reipublicæ postulet. At privata pacta, quæ de rebus privatorum fiunt, aut æquitate naturali, aut civili innitantur oportet: alioqui pro injustis & inhonestis habebuntur. Æquitatem autem naturalem I.C. vocat Jus gentium. *in l. 5. & 7. hoc titul. l. pen. de just. & jur.* Nam æquitas qua contractus nituntur, non est homini cum reliquis animantibus communis, ut nec ipsum contrahere: neque pertinet ad jus naturale, commune, sed in sola ratione humana existit. Maluit igitur I.C. ne confunderet distinctionem triplicis juris (naturalis, gentium, & civilis) appellatione juris gentium uti, ad quod propriè contractus pertinent, *l. 5. de just. & jur.* quam juris naturæ. Privatam potiò conventionem Ulpian. duplicem statuit: alteram Juris gentium; quæ nititur æquitate naturali conventionis: alteram civilem, quæ vires nanciscitur ex æquitate & dispositione civili: hoc est, quam non tantum naturalis ratio, sed etiam lex talem esse judicat, ut meritò debeat observari. Cum autem privata conventio omnis transeat, aut in eam quæ est Juris gentium, aut in Legitimam: ideo

effectu

effectu considerato, gradum privatæ conventionis omittit, & ait triplicem esse conventionem, videlicet Publicam, Juris gentium, & Legitimam. Atqui secundum Dialecticos, *unde Cicer. lib. 2. de Finib.* primò erant duæ species ponendæ, pactum Publicum & Privatum: tum hoc iterum subdividendum, in pactum Juris gentium, & Legitimum. Sed hæc minuta consectari desinamus. Legitima conventio est, quæ aliqua lege confirmatur, *l. 5. hoc titul.* Quod cum fit, aut Nascitur, inquit I. C. actio ex pacto, aut Tollitur *d. l. legitima. 5. hoc titul.* Nascitur actio in his conventionibus, in quibus de obligando agitur: ut in stipulatione, *§. de constitut. Inst. de verbor. obligat.* donatione, *l. si quis. §. 1. C. de donat. § perficiuntur. Instit. eod.* literarum obligatione: *Instit. tot. titul. de liter. obl.* quæ omnia cum nullum συνάλλαγμα contineant, non pariunt jure civili obligationem æquitate contractus, sed dispositione legis. Tollitur autem actio legitimis pactis, videlicet iis quæ liberatoria sunt, non obligatoria: ut acceptilatione, novatione, & similibus *§. 1. Inst. quib. mod. toll. oblig. tot. titul. de accept.* Idem autem dicit Legitima duntaxat, non etiam Juris gentium pacta tollere actionem: quia pacta liberatoria juris gentium, non tollunt ipso jure actionem, sed tantum ope exceptionis. *l. tale pactum. 40. in princ. hoc titul. §. 1. Inst. eod. de excep.* Quare nisi objiciatur exceptio pacti, tenet actio, *d. §. 1. ubi Ang. & Fab. l. Nesennius. 41. §. fin. ubi gloss. de re jud.* Judex enim non supplet exceptiones, quia sunt facti: *Cost. in l. unic. in princ. C. ut quæ des. advocat.* sed pacta legitima ipso jure tollunt actiones, *l. 4. infr. de transact.* ut agi amplius non possit. *l. 5. & 4. C. de transact. l. si pupilli. § videamus de neg. gest.* Quia quicquid lex disponit, hoc ipso jure operatur, & contraria destruit, sine ullo hominis facto. *l. non dubium. ubi Dd. C. de leg.* Juris gentium porrò conventiones non ex lege aliqua civili, verum ex æquitate & usurpatione gentium, hoc est, omnium hominum qui ratione utuntur, ortum, vires & effectum habent, *l. juris gentium. 7. hoc titul. d. l. 5. de justit. & jur.* Hæ rursus subdividuntur in Nominatas, & Innominatas. Nominatæ conventiones sunt, quæ cum certam contrahendi speciem habeant, facilè certum quoque nomen invenerunt, sicut à speciebus seu formis certis, nomina imponi certa solent: unde & illud fit, ut certam obligationem & actionem producant: *d. l. juris gentium. 7. in prin.* ut emptio, venditio, locatio conductio, &c. Innominatæ conventiones rursus duplices sunt. Quædam enim etsi certam speciem non habent, tamen continent Civile negotium & συνάλλαγμα: unde ex æquitate civili oritur obligatio & actio Præscriptis verbis. *d. l. 7. in princ. hoc titul. l. 4. & tot. titul. de præscript. verb.* Reliquæ conventiones Innominatæ nullum negotium Civile, nec συνάλλαγμα permutationis continent: quæ propriè Pacta nuda dicuntur, quia consistunt in nuda æquitate conventionis: *d. l. 7. sed cum nulla. l. si tibi. 27. C. de loca.* quomodo conventio *l. non solum. 33. § si rem. 5. de usucap.* coloniæ, *l. 1. de rer. permut. l. 4. de sponsal.* res, *l. 1. § hanc autem. act. depos.* cautio, *l. 2. § sed utrum de judic.* & similia, *d. l. 1. § hanc autem depos. l. 10. de his quib. ut indig. l. 19. § dictum. de ædil. edic. l. 5. de verb. obl.* nominari nuda solent. Et hæc dicta sint de prima divisione: quam extra hanc ultimam speciem, ad pactum proprio in significatu, hoc est, pro nudo pacto sumptum, per omnia accommodari non posse, quando omnia contractuum complectatur genera, palam est. Deducit enim artificiosè I. C. à prima generali definitione divisiones, & distribuit tantisper, dum à reliquis secernat proprium hujus argumenti pactum. Reliquæ divisiones à I. C. traditæ, communes sunt, & tam ad pactum in genere sumptum, quam ad pactum Nudum referri possunt: ut cum pacta dividuntur, primum à diversitate causæ efficientis, in Expressa & Tacita, *l. 2. hoc tit.* Expressa, quæ expressis verbis aut literis consensu constant: *l. 2. & passim hoc titul.* Tacita, quæ ex præsumpta contrahentium elicimus voluntate: quorum exempla passim extant. *ut l. 2. 3. 4. l. si unus. 27. §. penultim. l. in persona. 50. § 1. l. qui in futurum. 57. hoc titul. l. 2. C. eod. l. adversus 5. C. de usuris.* Secundo à materia, in Personalia & Realia, prout circa rem aut personam versantur. *l. juris gentium. 7. § pactorum. l. & hæredi. 21. cum l. sequent. hoc titul.* Realia, prout diximus in dubio pacta omnia esse intelliguntur. *Bartol. numer. 1. & Dd. in d. l. 7. § pactorum. Jas. in d. l. 7. § prætor. numer. 20.* Personalia rursus bifariam accipiuntur. Uno enim modo illud dicitur pactum personale, quod personam non egreditur, nec in alium transit. *l. si unus. 27. § pacto. 4. in fin. l. idem. 25. § 1. hoc titul.* Altero modo personale pactum est: quod quidem non transit ad hæredes, sed tamen vivente eo qui pepigit, in alium transire potest. *l. si tibi. 18. § pactum. ubi ita distinguit Bart. quem sequuntur Dd. hoc titul.* Tertio à forma, in pacta Extrajudicialia, & Judicialia: quæ effectu differunt: nam illa non pariunt actionem, ut postea dicemus. Quæ verò fiunt in judiciis, valent & efficacia sunt etiam ad agendum, quia in judiciis quasi contrahitur, *l. 3. § idem scribit de peculio. Ita Jas. in Rubric. de verborum obligationib. numer. 25. per Authentic. generaliter C. de episcop. & cleric. l. cum proque. 17. de in jus vocan. Bald. in l. tale pactum. 41. § qui provocavit. ubi & Jas. hoc titul.* Item cum alia pacta Reconstare dicuntur, alia Verbis, alia Literis (sive instrumentis: *l. 2. hoc titul. § fin. Institut. de obligat.*) aut quando à fine & effectu, pacta omnia in Obligatoria & Liberatoria, *Jas. in d. Rubr. de verborum obligationib. numer. 6. & 7. Dd. in d. l. tale pactum. 40. hoc titul.* distribuuntur. Quæ eo differunt, quòd pacta obligatoria non perficiantur, nisi acceptante altera parte: pacta autem liberatoria valent, facta nedum præsenti, quamvis non acceptet, verumetiam absenti, dummodo alius ejus nomine acceptet, quoniam in commodis etiam tacens absensve præsumitur acceptare, *d. l. tale pactum. in pr. ubi latè Ias. & communiter Dd. Jas. in d. l. 7. § quinimo. 32. Decius cons. 45. in causa pac. l. qui patitur. ff. mandat.*

5. *Causa efficiens, quæ cum quibus paciscī possint vel non possint*

Causa efficiens propinqua pactorum, est Consensus contrahentium: *l. 1. § penult. hoc titul. l. an inutilis. 8. de acceptil. l. in venditionibus. 9. de contrah. empt.* remota, Lex aut gentium, aut civilis, aut prætoria, quæ ejusmodi consensum approbat, *l. 5. 6. 7. h. tit.* & ad obligandum vult esse efficacem. Causa προκαταρκτική est Justa conventionis causa puta respectus compensationis, aut donationis, aut similis. *l. si convenerit. 56. hoc tit.* Quæ causa si fuerit erronea, hoc est, si non subsit cum subesse putaretur, pactum non valet *l. si cum te. 51. hoc titul.* Qua in parte sciendum est, in genere in omnibus pactis obligatoriis nunquam præsumi causam donationis, nisi exprimatur. *l. 2. § circa de dol. mal. except. l. cum de indebito 25. § fin. de probatio. vide Ias. in l. 3. & l. 4. hoc titul. vide Bald. l. 5. 4. cum seq. C. de non num. pecun. & quæ dixi inf. de verborum oblig. num. 10.* eoque nulla expressa causa, pactum nullius rei momentique esse. In pactis vero liberatoriis (cujusmodi pleraque sunt, de quibus hic agimus. *l. 1. inf. titul. 1.*) si nulla causa extet, nihilominus pactum valere: præsumi enim pro subjecta materia & fine conventionis, causam donationis subesse. *l. 1. de transact. d. l. tale pactum. 40. ubi post alios Ias. num. 4. & 7. ita distinguit hoc titul.* Pacisci autem omnes possunt, qui non prohibentur. Nam pacisci & contrahere, est de genere permissorum: *l. quod si minor. 24. § non semper. de minor. Inst. de leg. Fal. Can. toll. & quib. ex caus. manu. non lic. l. sicut. 5. C. de obl. & actio. l. in commodato 17. § sicut commodare.* Quicunque igitur non prohibentur pacisci, illis ea facultas debet videri permissa. *l. mutus. 45. in princ. de procur.* Prohibentur autem quidam Natura, quidam Lege. Natura, qui consensum adhibere non possunt: ut amentes, furiosi, *l. 1. § furios. de act.* infantes qui sunt intra septennium, *d. l. 1. § penult. de actio.* muti & surdi copulativè, *d. l. 1. § penult.* quia expresse consentire non possunt: qui tamen tacitè videntur posse pacisci, puta, nutu, subscriptione, &c. *l. 4. hoc tit. l. in quibuscunque. 48. de actio. l. ubi non voce 124. de regul. jur.* Lege contrahere prohibentur impuberes. Nam etsi natura consentire & obligari possunt. *l. 1. in fin. de novatio.* (intelligunt enim quod geritur, *l. in negotiis. 5. de reg. jur.*) tamen quia eorum consensus infirmus est, & multis captionibus obnoxius, *l. 1. de minor.* ideo lex hanc ætatem alieno arbitrio regi: & pacta eorum imperfecta esse, sicut & ipse consensus est, voluit *tot. titul. Instit. ff. & C. de tutelis.* Quare & indebiti ex pacto soluti repetitionem habent: quod non est in aliorum pactis. *l. quod pupillus. 41. de cond. indeb. l. antepenul. de actio.* Idque verum est, cum paciscendo sese obligant, aut deteriorem conditionem suam faciunt: nam meliorem etiam sine authoritate tutorum paciscendo facere possunt: puta per stipulationem, pactum liberatorium, *l. contra. 18. in fin. princ. hoc titul. vide quæ dixi inf. & Institut. de authoritate tutor. &c.* In eadem causa sunt prodigi: *d. l. contra. § 1. l. is cui. 6. ubi Dd. de verb. oblig.* item minores qui curatorem habent. *l. 3. C. de in integr. restit. min.* Nam minor qui non habet curatorem, pacta extrajudicialia facere potest, judicialia non item, quia sine curatore legitimam personam standi in judicio non habet: *in princ. Inst. de curato. gloss. & Dd. ind. l. 3.* Porrò cum authoritate tutoris vel curatoris, minores rectè paciscuntur, & horum etiam nomine tutores: *d. l. contra. 28. § 1.* nisi jus minorum liquidum, paciscendo remittant. *l. imperatores. 28. hoc tit. l. pactum curatoris. 22. C. eod. l. præses. 12. C. de transactio.* Hoc enim donare est, & perdere, non administrare. *l. filius familias. 7. de donatio. l. qui fundum 7. § si tutor. pro empto.* Donare autem, ne authore quidem tutore vel curatore minor potest. *l. ab agnato 2. l. fin. de curato. furio. l. 1. ubi Bald. & Dd. C. si adversus transact. l. fin. § fin. C. si major. fac. rat. habuer.* Filius familias qui est in potestate patris, lege non prohibetur pacisci, *l. sive. 18. hoc tit. cum multis seqq.* nisi cum paciscitur in detrimentum patris: *l. filius. 15. C. eod.* ut nec servus, extrà quàm si domino pactum sit damnosum. *l. si tibi. 17. cum ll. seqq. hoc titul.* Sed hæc obtinent, quando hæ personæ cum extraneo paciscuntur. Nam cum his quorum sunt in potestate, aut cum fratribus, vel conservis qui in ejusdem patris dominive sunt potestate, nullam jure civili obligationem contrahere possunt. *l. 2. de contrah. empt. § item inutilis. Instit. de inutil. [illegible] l. 2. de stipul. servor. Dd. latè in l. frater à fratre. de condict. indeb.*

6. *Materia, quibus de rebus pacisci liceat vel non liceat.*

Materia de qua pacisci licet, sunt omnes res, quæ in commercio existunt *l. si in emptione. 34. §. omnium de contrah. empt.* sive præsentes sint, sive absentes, sive etiam futuræ, *l. pactum. 46. hoc tit. l. 3. C. de donat. l. interdum. 73. de verb. oblig.* dum tamen sint paciscentium propriæ, *d. l. pactum. 46. in verb. jus juris.* Nam licet aliena res vendi potest, aut locari: *l. rem alienam 28. de contrah. emp.* tamen non puta verum, recte & utiliter rem aut jus alienum, in pactum posse deduci. Etenim neque agi potest ex pacto nudo, si forte ejusmodi res pacto nudo, si forte ejusmodi res pacta aut non præstetur, aut præstita evincatur: quoniam ex nudo pacto non oritur actio. neque etiam excipere licet de jure tertii quod in pactum est deductum: *d. l. item 4. §. cum quis petit. ubi Bar. si servit. vend. l. si quis emptionis. 8. §. 1. C. de præscript. 30. annor. Bart. Castren. & Dd. communiter in l. 1. & 2. de except. rei jud.* & frustra, si eo quod non possidetur, excipiatur, nisi forte res aliena ex pacto data sit, quo casu agenti non jus tertii, sed jus pactionis objicitur: cui stare cogitur, etiamsi res fuerit aliena, cum ipse ex jure tertii fundare actionem nequeat. *Prem alienam. 41. in fin. de pig. act.* Itaque cum nec ad agendum, neque facile ad excipiendum tale pactum proficiat: sequens est jure civili, illud nullius rei esse, nisi cum res aliena possidetur, ut utilis sit exceptio. Ex hac ratione puto quod ait I. C. *l. pen. hoc tit.* Si paciscar, ne in tuo sepelias, aut tuum ne dedices, vel alienes, tale pacto nihil effici. Nam neque mihi tali pacto quippiam remittitur, quod prosit ad excipiendum: & etiamsi contra pactum alienes vel dedices, tamen non possum agere ad id quod interest (sicuti alias agi potest *l. si ita. 135. § ea lege ubi Dd. de verbor. obligat. l. 3. ubi Bald. Salic. C. de cond. ob. caus. dat.*) quia ex nudo pacto non nascitur actio. Loquitur enim I C. de pacto nudo, juxta titulum. Nam quin pactis nominatis, unde actio oritur, talia effici possint, dubitari non debet. *l. final. C. de pact. inter. empt. & vend. d. l. 3. d. §. ea lege.* Hic enim: si contra pactum fiat, ex contractu nominato, ad id quod interest agi potest, *ut late tradunt Dd. in d. l. ea lege. 3. C. de condict. ob caus. dat. l. si ita quis 135. §. ea lege. de verb. oblig. l. filiusf. §. divi de leg. 1.* De rebus aut juribus publicis, nisi secundum jura publica, pacisci non licet. Nam quæ publica sunt, pactis privatorum mutari non possunt: sive pertineant ad jus publicum naturæ, *l. jura sanguinis. de regul. juris l. eas. 8. de cap. diminut.* sive spectent ad jus civile. *l. jus publicum 38. l. contra 27. l. jus acti. 34. hoc tit.* Quare pacto actiones publicæ, puta de locatis, aut populares remitti non possunt *l. jurisgentium. 7. § si paciscar. cum seq. hoc tit. l. 3. fin. ad leg. Iul. de vi publ. l. si unus. 27. § pacta. 4. hoc tit.* Moribus tamen obtinuit, ut qui de cæde, aut alio publico crimine paciscuntur, vel transigunt, actionem remittentes, non modò a civili actione, sed etiam a criminali & publica actione excludantur: quamvis per ejusmodi pacta magistratus non impediatur, quo minus vindictam criminis expetere possit. *Bart. in l. 1. § usque adeo numer. 1. de injur. per l. qui cœtu 5. qui vacantem. de vi publ. l. jurisgentium. §. si paciscar pen. hoc tit. Iaf. & Dd. num. 3. & 4. in l. transigere. C. de transact.* De injuriis tamen & furtis etiam jure civili pacisci licet: *l. si unus. 27. §. de bod. 3 hoc titul.* quia hæc crimina publica non sunt, sed privata: atque etiam de his facta pacta ipso jure (quod magis mirandum est) tollunt actionem, cum tamen reliqua tantum ad excipiendum prosint, & elidant actionem. *d. l. si unus. §. pactus ne peteret. 3. Instit. de exception.* Sed sciendum est de his pactionibus, l. 12. Tabularum comprehensum fuisse, qua lege furta & injuriæ certa pecunia mulctabantur, cum expressa hac exceptione, nisi pactum esset, *Gell. lib. 20. cap. 1. noc. Att.* est igitur hoc pactum legitimum, quia lege expressim comprehensum. Dictum est autem, pacta legitima, hoc est, quæ aliqua lege introducta sunt, ipso jure operari vel ad Obligandum vel ad Liberandum: ita ut ipso quoque jure actiones tollant *l. legitima. 6. supr. eod.* Et ut in summa concludatur: pacta non valent, facta de iis quæ aut Lege prohibita sunt, aut Natura, *l. pacta. 6. C. eod. l. 7. § prætor. hoc tit.* Lege civili innumera in pactum deduci prohibentur: cujus rei exempla passim extant. *in d. l. contra 28. l. jus agnationis 5. eod. tit.* Natura ea prohibentur, quæ in se turpitudinem continent: puta ut maleficium aliquod fiat, *l. quod autem 53. l. nec prætermittendum. 57 pro socio l. generaliter. 26 ubi Dd. de verb. oblig.* sive ut non fiat. Quia turpis pactio est ejus rei, quæ gratis ex officio aut caveri, aut præstari debet *l. fin. de condict. ob turp. caus. l. secundum. 1. de adilit. edict.* Est etiam illa turpis, qua remittitur actio delicti non facti, sed futuri: puta, ne ob dolum in tutela vel deposito committendum agatur. Nam ea impunitas, illicium est ad delinquendum. *d. l. jurisgentium. § si paciscar d. l. si unus. 27 § illud.* Ejusdem etiam generis sunt pacta de quota litis, *l. 5. C. de postula.* & hæreditate viventis *l. pactum 15. l. licet. 19 l. fin. C. eod.* Et generaliter inquit I. C. pacta quæ turpem causam continent, non esse observanda *l. si unus 27. § pacta 4. hoc tit.*

7. *Forma, de variis pactorum modis.*

De forma pacti quid ajunt. Dd. Pactum esse promissionem sine interrogatione, *Iaf. in d. l. 7 §. sed cum nulla. num. 32. & in Rub. de verb. obligat. num. 1. & 6* id non ita stricte accipiendum est, quasi in pactis non ultro citroque verba, interrogationes & promissiones fiant. Nec enim aliter quam hac mutua collocutionis forma, pacta recte contrahuntur: unde & verba concepta nominantur. *Vlpian. lib. 24. Cic. pro Rosc. Com.* Neque tamen ideo in stipulationem incidunt. Nam non quælibet, sed tantummodo solennis interrogatio & responsio facit stipulationem, *l. stipulationes. 5. § 1. de verb. obligat.* Quamvis autem verborum solennitas sublata est ex stipulatione *l. omnes. 10. C. de contra stipulat. in princ. Inst. de verb. obligat.* tamen solennis forma sublata non est: hoc est, ut inter præsentes præcedente interrogatione, & mox subsequente, responsione ad interrogationem formata & apta, sine ulla actus divisione formetur stipulatio, *l. 1. §. 1. l. continuus 137 de verb. obligat.* In pactis talis forma non est. Nam possunt nedum inter præsentes, sed etiam per nuncium vel epistolam, literis ultrò citroque missis pangi, *l. 2. hoc titul.* Deinde inter præsentes non attenditur ordo interrogationis aut responsionis, & utrum responsio congruat ad interrogata, an non: & ex intervallo tractari & concludi, atque adeò etiam absque promissione datis manibus pacta confici possunt. Sane si talis appareat verborum forma, quæ stipulationem inducat, potius stipulatio contracta videbitur, quam pactum: quia in dubio firmior præsumitur contractus celebratus, & videtur electa munitior a contrahentibus via, per quam maximè actus sustineatur, *l. 3. de rebus dub. Bald. in rub. C. de fid. instrum. num 8.* ut enim post varia tractata & conventa (quod sæpe fit, inseritur generalis clausula instrumento vel pactioni: Rogavit Titius, spopondit Mævius. Hæc enim in specie, pacta non manent in sua forma, sed transeunt in stipulationem: *l. jurisgentium 7. §. quod fere. 5. hoc tit. l. sciendum debemus 29. de verb. obligat.* nisi scilicet probetur, eam formam verborum adjectam esse, non animo stipulandi, sed tantum paciscendi. *ut tradunt. Ang. & Faber in §. si scriptum. Instit. de inutil. stip. in l. 1. C. de contrah. stipul. & in d. l. 7. §. quod vero* Hoc igitur in summa tenendum, pacta nullo verborum ordine, nulla forma, sed tantum æquitate conventionis constare. Convenire, inquit I C. vel re, vel per epistolam, vel per nuncium possumus, *l. 2. hoc tit.* Sed & in præsens, aut ad diem, aut ea die, aut sine conditione recte contrahitur pactio. *l. si unus. 24 § 1 l. intra. 41. l. epistola. 53. al. 52 § fin. hoc titul.* Tale pactum, Profiteor te non teneri, vult I. C subsistere, etiamsi altera pars non acceptet, *l. tale pactum. 46. hoc titul. Bart. & Dd. in l. creditore. 5. C. eod.* scilicet quia pactum liberatorium est, & commodum tacenti. In commodis autem, tacens pro consentiente & acceptante habetur. *l. qui patitur. §. mandati*: Quod verum est, parte altera præsente. Nam absenti talis professio nihil prodest, nisi notarius aut procurator, absentis nomine acceptet: *Iaf. in d. l. tale pactum num 2. per d. l. 2. in verb. per nuncium hoc titul.* aut nisi absens, antequam revocetur hujusmodi promissio, eam se acceptare profiteatur. *Iaf. in d. l. tale pactum num. 2. & 3 cum seq. Bart. in l. nudo varo de donatio.* Cæterum ejusmodi verba enunciativa etsi ad liberandum valent, ut jam dictum est: tamen non proficiunt ad obligandum eum qui non expressè consentit, neque respondet, ne in judicio quidem, *ut rectè inquit Iaf. in d. l. tale pactum num. 7 & latius traditur à Salicet. & Dd. in l. postquam 4. C. eod.* Nam ubi de obligatione agitur, quæ potest esse detrimentosa, tacens nunquam habetur pro consentiente, *l. filiusfam. d. §. servitutum de procurato.*

8. *De fine pactorum.*

Causa finalis pacti, est donatio, *l. 1. & l. cum donationis. 34. C. de transact. l. ex conducto. 15. § Papinianus, ne in ex. Florent. alias incipit, l. si uno ff. locati.* Eò enim pactum fieri necesse est, quod quidem alicujus sit efficaciæ, ut aliquid remittatur. Remittere autem, donare est. *l. si quis delegaverit. 12 ubi Bart. de novatio. l. 4. C. eod. l. pactum 22. ubi Dd. C. de pact.* Nisi enim in pacto aliquid remittatur, nihil est pactum jure civili: quia tantum prodest ad excipiendum, non etiam ad agendum. Exceptio autem competere non potest, nisi illi cui aliquid remissum est, & cum quo agi potest. Nam exceptio, est actionis exclusio, *l. 2. de except.* Ut igitur competat exceptio ex pacto necessum est aliquid de jure actionis pacto remissum esse. Etenim si nihil remittatur pacto: sed jus aliquod novum constituatur aut donetur, ea pactio nihil proderit: quia nihil confert ad agendum petendumque id quod pacto est constitutum, cum sua vi nullam producat actionem. Ita accipiendum arbitror, quod ait I. C. omne pactum donationis gratia fieri. *d. l. 1. infr. de transact. cum supra alleg.* hoc est: in pacto, quod quidem ad exceptionem valere debeat, semper aliquid remitti & condonari. Etsi porrò talis remissio fieri potest, non modò gratuito, sed etiam ob causam: tamen non desinit in pacto esse donatio seu remissio: id quod vult Jurisconsultus *in d. l.* Nam donatio etiam ob causam donatio est: nec desinit esse donatio, quamvis à proprietate sua naturæ recedat: *tot. titul. C. de donation. quæ sub modo l. 2. ubi Dd. de donation. ubi dixi.* Sicuti mandatum, depositum, & similes contractus gratuiti, non desinunt esse ejusmodi contractus, quamvis gratuitò non fiant, & (ut inquit I. C. notissimi eorum fines excedantur. *l. Lucius. 24. l. Publicia. 26. §. 1. in fin depositi.*

si re-

l. si remunerandi 6. cum similibus mandati. Possunt enim plures unius rei fines esse, sed subordinati. Itaque etiam in donatione ob causam semper præcipua & ἀρχιτεκτονικὴ causa, manet liberalitas & munificentia. *l. 1. de donat. l. 1. & tot. titul. C. de don. quæ sub mo.* Causa autem ob quam fit remissio in pactis aut Præterita est, aut Futura: Si præterita, ut fortasse bene merita ejus cui remittitur, gratuita est pactio & pura donatio, sicuti legatum, *l. nec adjicer. 9. ff. pro socio* & stipulatio. *§. ultim. Instit. de verbor. obligat.* Obligatio enim ad antidora, quæ sola est hoc casu, cum tantum sit naturalis & incerta, *l. sed etsi. 25. §. consuluit de petit. hær.* ad certam nullam debiti speciem astringens, in considerationem non venit: neque donationis naturam alterat, cum sit causa extra contractum præsentem posita. Sin autem præsens, aut futura causa est remissionis, distinguendum hoc modo erit: ut si de ea tantum in genere sit cogitatum: velut si tibi jus meum remittam, sperans fore ut tu contra aliquid remittas vel præstes: hoc casu non desinit esse gratuita pactio: Quia propositum compensationis, in mente retentum, nullum parit effectum. *Dd. in l. si repetendi 7. per illum text. C. de condict. ob causam text. in l. si majores. 25. l. cum donationis. 34 C. de transact.* Sin autem talis causa expressim in pactum deducatur: puta cum ideo remitto, eaque lege expressa, ut contra aliquid aut des, aut facias: tum aut est impulsiva tantum, aut certè non præcipue finalis: quæ, ut dictum est, non mutat naturam pacti: aut est præcipua finalis (quod ex commensuratione rerum & complexu personarum, aliisque circumstantiis est æstimandum, *unde utrum præsumatur impulsiva an finalis, in l. Aurelius. §. ult. de lib. legat. Cyn. in l. si quis pro redemptione. 36 in princip. C. de donat. Soci. consi. 163 num. 6. volum. 1.*) & hæc sanè pactio non est gratuita, coque nec propriè pactum, quia nec propriè donationis causa fit. Quare & hoc casu plerumque transit res in alium innominatum contractum, puta in transactionem, aut aliud negocium civile: *l. 7. in princ. hoc tit.* unde propter συνάλλαγμα Re ob causam tradita, oritur actio Præscriptis verbis, quæ ex pacto non datur *l. 2. in fin. princ. hoc tit. l. 4. de præscript. verb. l. 1. in fin. de rer. permutat. l. cum mota. C. de transaction. l. in traditionibus 48. l. jurisgentium. 7. in fin. prin. h. t.*

9.
De effectu & cur pacta exceptionem tantum, non etiam actionem producant: & quo jure, quibus casibus actionem pariant.

Porro de effectu pactorum quòd varia & difficilia disputantur, quorum pleraque hodie in usu esse desierunt: ideo non alienum erit, breviter quidem, sed distinctè, præcipua duntaxat summæ rei capita exponere, in quatuor quasi genera, docendi causa distributa. Primò itaque investigandum, Quid operetur pactum, quasve vires habeat Jure naturæ seu gentium. Secundò, quid Jure civili. Tertiò, quid jure Prætorio. Quartò, quid jure Pontificio, & moribus nostris. Quod ad jus naturæ attinet, quod idem in hac materia est cum jure gentium (nam jura contractuum, tantum hominibus inter se, non etiam cæteris animantibus sunt communia: *l. 5. de just. & jur. l. eas 8. de cap. diminut. vide Cast. in l. 1. in prin. h. t.*) ea in parte Dd. regulam constituunt: Ex pacto, jure naturali seu gentium, nasci obligationem naturalem, quæ illo jure sit efficax *in l. . l. jurisgentium 7. §. 1. hoc tit. l. legem 10. l. in bona fidei. 3. C. eod.* Quam regulam Connanus *lib. 5. Comment.* & alii, multis licet argumentis impugnent: tamen judicio veram esse, & rationi consentaneam. Nam primò, cur hæ conventiones appellantur Juris gentium, si eo jure non sunt efficaces: *d. l. 7. & passim tot. hoc tit.* Deinde Ulpian. *in l. 1. hoc tit.* ait, Congruum esse humanæ fidei, hoc est, Juri gentium seu Juri naturæ (quod ipsum Humanum Livio vocatur) pacta servare. Si igitur humano jure pacta servanda sunt: certe eodem jure efficacia fuerunt, tam ad agendum quam ad excipiendum. Hæc enim vis est verbi Servare, cum jus servari quid jubet, *ut pluribus declarat Panorm. num. 2. 4. & 5. in c. 1. de pactis.* Tertiò, J. C. *in jus 5. §. imperator de solutio.* diserte ait, ex pacto Naturaliter deberi: hoc est, Jure gentium, *l. cum amplius. 84. de regul. jur. &c.* Quarto, pacta consensu & conventione constant, ex qua jure gentium obligatio existit: *l. 1. in fin. hoc titul. l. 1. in fin. de contrah. empt. l. si non sortem. 16. §. libertus l. frater à fratre, de condict. indeb.* & per consequent, etiam illo jure actio seu petitio. *Panorm. in c. dilecti de judic.* Quintò, ex pacto quod solvitur, repeti non potest: *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. debitor. 59. § fin. ad Trebell. l. inter. 26. §. filia de pact. dotal.* ideo necessum est, hoc naturaliter deberi. Nam ubi naturalis non subest obligatio, ibi datur ejus quod solutum est, repetitio. *l. quod pupillus 41. d. l. si non sortem. §. indebitum de condict. indebit. d. l. cum proponas in fin. C. eo hoc titul.* Sextò, Paulus ait *lib. 2. sent. 14.* inter cives Romanos ex Nudo pacto actionem non nasci, indicat igitur, Jure gentium & inter eos qui jure Roman. non utantur, nihil causæ esse cur hinc agi nequeat. Ultimò, pacta nuda conventione tollunt obligationem naturalem, quæ consensu constat: *l. Stichum 95. § naturalis de solutio. l. qui exceptionem 40. §. ult. in juncta. l. si non sortem 26. §. libertus de condict. indeb. gloss. mag. & Dd. in l. 1. de cond. ind.* quare ut eandem inducant, necesse est. Nam eodem modo unumquodque tollitur, quo inducitur, & è contrario *l. nihil 35. de reg. jur.* Verius est igitur, Jure naturæ seu Gentium ex pactis oriri obligationem & actionem. Nec obstat, quod Ulpian. *in d. l. jurisgentium 7. hoc titul.* ait, pactum non parere obligationem, sed tantum exceptionem. Eum enim loqui non de obligatione naturali, sed quæ jure civili sit efficax, verba ipsa ostendunt: *ut in princip. d. l. 7. in verb. nasci civilem obligationem.* & postea *in d. l. 7. §. sed cum nulla* obligationem opponit exceptioni. Loquitur igitur de obligatione efficaci, quæ jure civili actionem pariat. Actioni enim opponitur exceptio, *l. 2. de exceptio.* Cum autem dico, actionem jure gentium ex pacto nasci, non loquor de actione civili formata, *de qua in §. 1. & tot. tit. Inst. de actio. & ff. eod. & l. 2. § his legibus. ff. de orig. jur. & tot. tit. ff. de edend.* sed de more agendi, qualis fuit jure gentium usitatus, sine ulla scilicet forma aut solennitate, *Panorm. in c. dilecti de Judicus.* ac tantum hoc volo: Jure gentium obligationes ex pacto fuisse efficaces, tam ad Exigendum quam ad Excipiendum. Alia est autem juris civilis Romanorum ratio. Nec enim hoc jure omnes juris gentium conventiones peræque valent: sed quædam actiones pariunt, quædam exceptiones *l. 2. 7. hoc tit.* Actiones pariunt, quæ non manent in genere Conventionis, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio, locatio, &c. Hæ enim conventiones, certam formam & speciem habent, & ut fieri solet, a certa specie etiam certum nomen facile invenerunt, unde jure civili certa formataque & nominata actio dari posset: quam dari eo magis ex his contractibus placuit, quia propter συνάλλαγμα & commutationem rerum, vel quoad dominium, vel quoad usum, absque his in communi vita vivi non potest: puta absque mutuo, deposito, pignore, commodato, mandato, societate, emptione, locatione, & similibus. *d. l. jurisgentium. 7. in prin.* Carere aut illis necesse esset, si certa fides & efficax obligatio ex his contractibus non nasceretur: quando nemo initurus sit ea rerum commercia, quæ vires ad obligandum non habeant idoneas, *l. quod si. 24. §. ff. de minorib.* Quare cum hi contractus ita sint forma & nomine constituti, ut formata & speciales nominataque actio jure civili inde dari possit: cumque ob commerciorum utilitatem, respublica his carere non possit: meritò ex jure civili, vel potius (quantum arbitror) Romanorum moribus, *l. 1. in fin. in verb. receptum est, de rer. permuta. Paul. lib. 2. sent. 14.* hæ conventiones, tanquam utiles reipublicæ, & aptæ ad agendum approbatæ sunt, & per approbationem factæ Legitimæ, ac Civiles, ut Civilis inde & Legitima actio oriatur *l. 6. hoc tit.* Dicuntur tamen nihilominus contractus non civiles, sed juris gentium. Nam etsi obligationem & actionem jure quoque civili producunt, ut dixi: tamen maxima sui parte sunt juris gentium, sive originem spectes, sive nomen, sive formam, quæ præcipua cujusque rei pars est, *l. Julianus 9. § si quis rem ad exhiben.*

A præcipua autem parte seu principaliore, fit denominatio: *Felin. in proem. decr. ad verb. Gregorius. num. 1. & in Rub. de off. deleg. Ias. & Dd. l. 5. de verb. obligat. l. 3. de jurisd. Tiraq. de retract. lig. §. 32 glo. 2. &* Quoties ad eundem actum perficiendum, jus naturæ seu gentium, & jus civile concurrunt, toties reputatur actus esse juris gentium: quia hoc jus potius est, & magis principale. *l. filio. 13 de liber. & posthum. d. l. jurisgentium. l. 4. & 5. de just. & jur.* nisi totam formam a jure civili actus mutuetur: *d. l. legitima 6. hoc tit.* quod non est in his contractibus nominatis. Reliquæ conventiones præter nominatas, jure civili nullam actionem aut obligationem, ne quidem expressim exceptionem (alioqui edicto prætorio non fuisset opus) producunt. *d. l. jurisgentium. § sed cum nulla.* Nec distinguo hic inter contractus innominatos, & reliqua pacta nuda: inter quæ nonnihil esse discriminis, vult post alios *Jas. in d. § sed cum nulla num. 21. cum seq.* Nam ne contractus quidem innominati, ex sua natura efficaces sunt ad obligationem jure civili producendam, sed tantum per accidens, scilicet quatenus res intervenit *d. l. jurisg. 7. in fin. prin.* Ut enim sine rei interventu contrahatur obligatio, tantummodo in his receptum est conventionibus, quæ proprium nomen & propriam speciem habent. *l. 1. in fin. de rer. permut.* Quænam autem hujus rei sit ratio, variè disputatur. Doctores hanc ponunt: quia lex civilis non assistit pactis nudis & conventionibus innominatis, unde & nuda dicuntur. Ubi autem lex non assistit obligationi, quantumvis naturali, ibi non potest nasci obligatio, jure civili efficax: hoc est, quæ prosit ad agendum. Nam actiones omnes juris civilis sunt. *l. 2. §. his legib. de orig. jur.* Ideo in earum definitione, Justinian. *§ 1. Instit. de act.* ait, Jus quid peti secundum civitatis Romanæ jura: hoc est, secundum dispositionem legis & formam juris communis. Ubi igitur jus commune in conventione deficit, ibi ex ea actio civilis nasci non potest. *Bald. & Dd. in l. si unus. 27. §. pactus ne peteret. hoc tit. per l. licet 42. § ea obligatio. de procurat. l. si pupilli 6. §. videamus. de negot. gest.* Cur autem lex non assistat his conventionibus, eo factum volunt, ne quis promiscuè, & quadam incogitanter, ac temere prolatis verbis obligetur, ut sæpenumero plura ostentandæ benevolentiæ causa polliceantur homines, quam serio præstare velint: sæpe etiam, dum nos alteri dare volumus, lingua præcurrit mentem: sæpiusque ex affectione quadam potius, quam in ἀποστροφῆς studia & officia

nostra

nostra deferimus, magis conciliandæ retinendæque benevolentiæ, quàm obligationis inducendæ causâ § 1. *vers. cæterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit, & Instit. de mil. testam.* unde promiscuè obligationem & actionem oriri, valde fuerit iniquum & incivile *Bart. in l. § si quis simpliciter de verb. oblig. per text. in c. cum venissent. ubi CC. de instit. Angel. Castrens. Sto-* *cin & Dn. in rubr. de verb. obligat. Latissimè autem omnium Andreas ab Exea. in tract. pactorum. nu. 270. cum mult. sequen.* Conanus lib. 5. putat totam hanc rem pendere ratione συναλλάγματ(ος), ut quibus in contractibus insit συνάλλαγμα & rerum commutatio, in his propter utilitatem commerciorum, civilis nascatur obligatio: in reliquis quibus desit συνάλλαγμα, nequaquam. Pro quo facit & illa communis Dd. theorica: Quòd ubi non est mutua commutatio in contractu, aut causa obligationis, nunquam subesse causam donationis, sed potius errore aut fatuitate aliqua promissio facta præsumatur: *dixi supr. & infr. de verb. oblig. num. 10.* cui vires addi à lege civili, fuerit periniquum *glo. Bald. & Dd. in l. 3. C. de non num. pecun. Iason in d. l. 7. §. sed cum nulla num. 58.* Licet autem hæc ratio, mihi quoque aliquando probabilis visa est: tamen judicio, eam non satis firmam esse. Nam primò, multi sunt contractus nominati, in quibus nullum est συνάλλαγμα seu mutua obligatio: sed tantum modo altera pars obligatur: ut in commodato, deposito, pignore, mutuo, stipulatione: item hodie in donatione & similibus: quàm in multis non nisi re constat obligatio *tot. tit. Inst. quib. mod. re contr. obl.* ne si hujus respectu nominati dicantur, idem de innominatis ubi res intervenit, judicandum sit: *contra l. 5. & tot. tit. de præscr. verb. l. 7. in princ. hoc tit.* Deinde quamlibet I. C. *in d. l. 7 in fin. prin.* videatur velle propter συνάλλαγμα civile oriri judicium: tamen nec hoc facit contractum nominatum, aut innominatum, ut jam dictum est: & ex ejus verbis facilè potest intelligi, συνάλλαγμα ipsi non significare mutuam obligationem, ex qua aliquid ultrò citroque dandum sit, sed potius ipsam dationem, & rei interventum, seu mutuam rerum traditionem ac permutationem, *l. 1. in fin. de rer. permut.* Id quod ex eo sciri potest, quia contractus innominati, qui mutuam obligationem continent, ut scilicet aliquid ultrò citroque detur fiat, non producant ex se, ut ejusmodi conventionis mutuæ, obligationem aut actionem civilem ut contractus nominati, *l. 1 de rer. perm. in fin.* sed eatenus tantum, quatenus res intervenit. *in l. ab emptione. §. fin. hoc tit. & in d. l. 1 in fin. princ. de rer. permut. & l. jurisgentium 7. in princ. hoc tit. l. 3. 6. 7. de cond. caus. dat.* Quare ratio Doctorum, nihil accuratius illa expendenti, magis nunc præ illa arridet: quam & plerosque prudentes legislatores ponderasse animadverto: ne scilicet nimium constringatur libertas oris, & sæpè imprudentes in laqueos incidant, si ex quovis dicto, temerè fortassis prolato, homines obligentur. *Fach. § 21. & penul. Inst. de mil. testa.* Itaque & Plato in libris de Republica, eadem ratione non vult obligationes ex promissis promiscuè induci, fortè in familiari sermone aut convivio factis: sed tum demum, cum in foro, ubi concilii solet, contractus seriò celebrantur. Adde his quod ipse quoque I.C. aliam hujus discriminis rationem, quam συνάλλαγμα ponant: veluti cum ait Ulp. *in l. 1. in fin. de rer. perm.* ut quis ex conventione mutua etiam, in qua inest συνάλλαγμα seu commutatio rerum (ut in permutatione) sola vi conventionis obligetur, hoc tantummodo receptum esse in his quæ nomen a lege scilicet & jure civili habent. Idemque alibi *in l. 7 in prin. hoc tit.* ostendit, eas conventiones demum actionem producere, quæ in aliud nomen transeunt. Necessum est igitur, cum hac in re vim ponant I. C. utrum scilicet contractus certum nomen habet, an non habeat, aliquam non in synallagmate conventionis, sed in hoc discrimine subesse rationem, quare ex conventionibus nominatis detur actio, ex innominatis nequaquam. Puto verò duplicem esse probabilem: alteram quòd lex nominando contractum, & certum ei nomen tribuendo, faciat enim pactum legitimum, ex quo oriri actionem sequens ut *l. 6. h. t.* alteram quòd actiones juris civilis omnes certæ sint, & nominatæ. Nec poterat olim ulla actio institui, nisi certo & speciali nomine expressa *l. fin. C. de interd.* scilicet ut nomen actionis, nomen & speciem futuræ quoque litis una ostenderet. *l. 3 C. de edend.* Quare & in negociis civilibus, quæ nomen non habent, necessum erat, prætorem succurrere, & dare præscriptam in factum actionem, *tot. tit. de præscript. verb.* quia jus civile nullam agendi facultatem, ubi certa nominataque deerat actio, faciebat. Hoc igitur posito, quòd jure civili nulla institui actio possit, nisi certa, nominata, & specialis: facilè est pervidere. quare de contractibus innominatis, & nudis pactis, nulla jure civili sua actio Non enim habent certam speciem, quia manent in suo genere: videlicet pacti, permutationis, aut donationis (omnis enim contractus aut pactum est, aut permutatio, aut donatio.) & proinde nec certum nomen habent, nec a lege nominantur: ut neque in legitimum pactum transeant, neque inidem civilis, certa ac specialis & nominata actio dari possit. Nec verò in his actionem Præscriptis verbis prætor in defectum nominatarum suppeditat, quia hæc actio civilis est. *l. 1. de præscript. verb.* Itaque dari non potest, nisi ex civili negotio *l. 4 & tot. tit. de præscript. verb.* Civilia autem negocia, tantum duorum sunt generum; videlicet: Contractus nominati, & Conventiones innominatæ, ex quibus datione rei, alter alterum civiliter obligavit. *d. l. 7 in fin. prin. ubi I. C. hoc appellat. negocium civile.* Reliquæ conventiones, tanquam inutilis turba, apta magis litibus quam rerum commutationibus, a jure civili nominatæ receptæque non sunt, nec recipi debuerunt. Quare Prætor etiam, qui juris civilis authoritatem in pactis sequitur, *l. 7. § prætor. hoc tit.* actionem Præscriptis verbis ad horum executionem non subministrat: quod nullum scilicet civile negocium, ex quo actio dari debeat, illic subsit. Ex his puto jam satis constare rationem, cur jure civili nudis ex pactis non detur actio: *ut in d. l. 7 §. sed cum nulla l. intra 41. l. divisionis 45. hoc tit. l. in bonæ fidei. 13. l. cum proponas, C. eod.* nisi cum aut stipulatione munita sunt *d. l. 7. §. quod ferè* (nam tunc actio non datur ex pacto, sed ex stipulatu: *l. rescriptum 10. § si pacto in verb. ex stipulatu actio hoc tit. l. petens ubi Dd. C. eod.*) aut jurejurando (quo casu ex ipso pacto jurato veluti contractu nominato *c. 2 ubi glos. & Dd. de pact. in 6.* nascitur actio *l. si quis major. 41. ubi Dd. C. de transact. d. c. 2. de pact. lib. 6. Ias. in d. l. 7. §. sed cum nulla num. 21 Socin. in fal. reg. 9. num. 19*) aut rei traditione impleatur pactum: qua similiter pacta sic muniuntur, ut prosint ad agendum, *l. in traditionib. 48. hoc tit.* Cujus rei ratio cum in obscuro lateat, paucis intelligetur. Sciendum autem est, non modò natura æquum esse ne quis locupletetur cum alterius jactura, *l. jure naturæ 206. de reg. jur. l. nam hoc natura 14 de condict. indeb.* sed etiam jure civili; iniquum furti loitas est, velle aliquem defraudare suo, nec contra præstare quod promissum est. Atque ipsæ quoque leges eum in dolo hærere pronunciant, qui aliquid ob causam accipit neque tamen eandem præstet. *l. si quis 17. § fin. de instit. actio.* Jure porrò civili (quo Prætorium quoque complectimur *l. jus autem civile. de instit. & jur.*) etiam furta & dolum, atque omnem fraudationem coerci, & provideri, ne quis cum aliena jactura locupletetur, dubium non est. *l. hominem 37. ff. mandati l. 4. 5. si quis cautionib. cum similib.* Cum igitur ex pacto alicui res datur, ut is contra aliquid ex conventione præstet: hic is qui accipit, non modò naturaliter, sed etiam civiliter ad dandum obligatur: ne videlicet dolo, & quasi per furtum alienæ locupletetur: quam dominus non animo donandi dedit, sed spe aliquid ex conventione contrà recipiendi. Subest igitur hic civile negotium, ut inquit Ulpianus *in d. l. 7. in fin. prin. l. solent 15. de præscr. ver.* Nec enim ullius bene constitutæ civitatis jura, tales fraudationes tolerare debent: neque pati, ut fides contractuum, quibus ultrò citroque res communicantur, ad hunc modum eludatur. Et quia negocium civile subest, eo datur Præscriptis in factum verbis à Prætore actio: *l. solent. 15. de præscript. ver.* qua consequamur, ut aut reddatur res, quæ data est (reddi enim potest ad actionem hanc elidendam, cum propter rem solam efficax obligatio constet: *l. 3. & 5. de cond. caus. dat.*) aut præstetur causa propter quam data est, *l. legem 10. C. eod. l. divisionis 45. hoc tit. l. si fratres C. communia utriusque judi. l. licet 23. l. si familia 14. C famil. hercisc. cum simil.* Nec hæc res multum difficultatis habet, cum alteruter paciscentium rem Vere, & (ut loquuntur) Realiter accepit, atque ita factus est locupletior: quod fit, quando res ex pacto aliquo, ob causam datur & traditur. Sed ubi factum ejusmodi versatur in obligatione, unde is, cujus gratia factum est, non redditus est locupletior: hoc in articulo fuisse videntur inter veteres I.C. controversiæ non parvæ. Nam Juliano visum est, non subesse civile negotium, quod is cujus nomine factum est, nihil reverà accepisset: neque sequeretur ulla civilis rerum permutatio. Marcianus & alii contra statuerunt: quia factum esset quod erat conventum: quo facto cum damnum passus sit is qui fecit, meritò illi subvenitur, quantumvis alter effectus non sit locupletior. Injustum enim fuerit, eum hoc nomine exceptionem habere, postquam factum impleatumque est quod voluit: sibique imputare debet, non alteri, si id voluit, inque pactum deduxit; quod minus erat ei profuturum. Exemplum hoc proponunt I.C. *in d. l. jurisgentium. 7. in fin. prin. & l. naturalis 5. de præscr. verb.* Dedi ex conventione tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas. Manumisisti: evictus est tibi Stichus quem dederam: quæsitum est, an aliqua tibi actione adversum me succurratur? Julianus *d. l. jurisgentium. 7. in fin. prin. d. l. naturalis. 5 §. at cum de præscr. verb.* putabat, jure civili non succurri, quia tu nihil mihi dedisti, sed tantum fecisti quid, hoc est, manumisisti servum, ex quo non sum factus locupletior. Itaque in defectum obligationis civilis, & proinde quæ inde oritur civilis actionis, putabat Extraordinaria actione agendum esse: vel de Dolo, si dolus intervenisset, puta si sciens alienum dedissem: vel actione Subsidiaria, Prætoria in factum, si ignorans alienum dedissem: vel actione Subsidiaria, Prætoria in factum, si ignorans alienum dedissem, *l. quoties 21*

de praescr. verb. Reliquis placuit, etiam hoc casu subesse civile negotium, quia impletum est id, cujus causa dari debuit: ut cum tu egeris, hoc est manumiseris, sicut conventum erat, aequum etiam sit & civile, me tibi dare, quod ob tale factum promissum erat, nam hoc aequalitas συναλλάγματος exigit. Non autem videtur dedisse is, qui dedit servum, qui evictus est. Dare enim est dominium transferre, *l. fin. de cond. caussa data. cum simil. ubi Ias. & Dd.* non rem alienam quae evincatur tradere, *l. Iulianus 13. §. 1. de verb. oblig.* Quae sententia plana & recta est, & a compositoribus in Pandectas duobus locis relata: *in d. l. 7. in fin. prin. hoc tit. & l. naturalis. 5. de praescrip. verb.* qui tamen putantur non admodum scienter addidisse verbis J.C. Pauli, *in d. l. naturalis. 5. vers. sed si dedi. vide Govean. lib. 2. lect. cap. 27.* particulam Civilem. Quod sicut imperite & oscitanter factum est, ita doctorum hominum ingenia mirificè torsit, dum ratione & rebus ipsis pugnantia, quovis pacto student conciliare: quasi religioni sit habendum, si perhibeamus, in tam difficili & longo Pandectarum opere, juris compositores aliquando dormitasse. Atqui Paulus *in d. l. 5.* ita Juliani sententiam recitat, facile ut appareat: eum non de actione civili, sed de extraordinaria locutum esse. Nam ait: Si sciens dedi, ex Juliani sententia dandam de Dolo actionem: sin autem ignorans, in Factum. Constat autem, actionem Doli non esse civilem, sed extraordinariam *l. Et eleganter 7. de dolo malo.* à Praetore inductam. *Cic. lib. 3. Offic.* Necesse est igitur dicere, ut constet ἀναλογία inter utrunque casum, quem Paulus proponit, etiam actionem in Factum, de qua loquitur, esse Extraordinariam *d. l. quoties 25. de praescript. verb.* & Praetoriam, non Civilem. Nam absurdissimum esset dicere, ex uno facto. Si sciens dederim, actionem esse Extraordinariam doli: sin autem Ignorans, dari actionem Ordinariam civilem. Etenim si civile negotium subest, utroque casu dari civilem actionem consentaneum est. Sin autem civile negocium non subest, neutro casu, sive sciens dederim, sive ignorans, civili actioni locum esse. Et hoc quidem voluit Paulus, *in d. l. 5.* Quod parum considerantes Juris compositores, addiderunt explicandi gratia particulam Civilem: Quae interpretatio, Juliani & Pauli sententiae videtur contraria. *Cont. disp. lib. 1. ca. 13.* Quanquam non desunt etiamnum, qui Tribonianum propugnent, & in universum, cum dolus in ejusmodi facto adest, dari de Dolo: *d. l. naturalis. §. quod si l. solent. 15. eod. tit.* quae etiam interdum in Factum datur: *l. non debet 11. de do. mal.* quoties abest civilem Praescriptis verbis, *d. l. solent. d. l. jurisgentium* suppetere contendant. *Donell. copiosè d. l. naturalis §. sed si dedi cum §. seq. praescript. verb.* Caeterum ut ad institutum revertamur: pacta etiam tum pariunt actionem, cum insunt Bonae fidei judiciis: *l. jurisgentium 7. §. quinimo hoc tit. l. in bonae fidei 13. C. eod.* non etiam Stricti juris *l. 3. de rescind. vend.* nisi ex parte (quanquam hoc Connanus improbat. *lib. 1. disp. ca. ult.*) excipientis debitoris & rei *l. lecta 40. si cert. petatur.* insunt (nam & alias ea debenti, cui remissum est, semper & indistinctè prodesse diximus) aut cum stipulatione comprehensa sunt, *l. petens 27. C. eod.* Inesse autem tum videntur, cum adduntur in ingressu contractus, ut inquit J.C. hoc est, antequam is perfectus sit & absolutus, *d. l. 7. § quinimò. & §. adeo h. tit.* Ideò autem insunt, quia intelliguntur pars esse contractus *l. si sterilis. 21. §. si tibi. 4. de actio. empt. l. fundi, 79. de contrah. empt. d. l. 7. § quod fere h. t. l. si ita stipulati fuerimus 19. de verb. oblig. l. 1. §. 1. de eodem d. l. si emptione. 34. in prin. de contr. empt.* Quare ut ex contractu, ita & ex hoc pacto agi potest. Hoc est quod dicitur, haec pacta actionem bonae fidei informare *vide Con. hac aliter explicantem lib. disp. cap. ult.* Nam ut legem & formam dant pacta contractibus *l. jurisgentium, 7. § adeò, in verb. qua legem contractus dant hoc tit. l. 1. §. si convenerit. depos. l. contractus 23. de reg. jur.* quibus insunt, ita & eorum contractuum actiones informant atque innovant: ut non juxta naturam contractus, sed secundum legem formamque pactionis instituantur. Verbi gratia: si conventum est in emptione, ut de evictione, fidejussoribus caveatur: juxta hanc conventionem informabitur empti actio, quae alioqui ex sua natura, ad satisdationem non datur, *l. si dictum 56. de evict.* Pacta autem quae ex intervallo, post absolutum scilicet contractum interponuntur, nec in bonae fidei contractibus, neq; in strictis insunt, nec ad agendum prosunt, nisi res postmodum insequatur. Nam si post pactum à contractu, ex intervallo secutum, sequatur & fiat rei traditio, ab eo cujus in rem cujusque bono pactum factum est: intelligitur ea traditio facta non modò contractus, sed etiam pacti intuitu & contemplatione. Itaque qui tradit, ipsa re sibi accipientem, sicut antea diximus, obligat, ut ex pacto qualecunque illud sit, teneatur. *l. in traditionibus. 48. hoc tit.* Quantumvis igitur pacta post contractum consensu perfectum, & postquam ad alia omnia contrahentes discesserunt *l. haeredes palam 21. § fin. de testam. vide Dd. in l. 1. §. 1. l. continuus, de verb. oblig.* conventa, non insint contractui, vi conventionis: quia sunt conventiones separatae: ex separatis autem nihil rectè infertur: *l. Papinianus exul. 30. de minor.* tamen alia res est, cum traditione insecuta muniuntur: tunc enim efficacia sunt etiam ad agendum: non quod insint contractui, sed quia implemento rei, velut synallagmate civiliter roborantur, *d. l. in traditionibus, d. l. 7. in princip. hoc titul.* Quae autem pacta reformant contractum, hoc est, quae mutant substantiam contractus, puta precium ut mercem, eique aliam formam induunt: ea etiam ex intervallo facta insunt ex parte agentis, inquit J.C. hoc est, prosunt nedum volenti excipere, sed etiam illi qui agere vult ex contractu, & producunt per se actionem. Nam talia pacta sunt novus contractus: quia prioris contractus substantia his immutatur, *d. l. 7. §. quinimò, l. ab emptione 59. hoc tit.* Quod in iis contractibus obtinuisse puto, qui consensu constant: de quibus J.C. loquuntur. *d. l. 7. & l. pacta conventa. 72. de contrah. emp.* In his enim sicuti mutuo consensu, à toto contractu recedi potest, *l. ab emptione 58. hoc tit. l. 1. & 3. de rescin. vend.* ita etiam ab aliqua ejus parte: & intelligitur haec nova pactio, novus quidem nominatus contractus esse, *l. jurisgentium, 7. § adeo hoc tit. l. pacta 72. vers. Paulus notat de contrah. empt.* ex quo agi potest. Hoc autem in contractibus, qui Re aut Verbis constant, obtineri non potest. Sed in his dicendum est, pacta, quae ex intervallo sequuntur, tantùm prodesse ad excipiendum, *d. l. ab emptione in fin. hoc tit.* non etiam ad agendum: cum ex solo consensu, in his non constituatur novus contractus, unde agi possit. Quin etiam cum non informatur pacto praecedens contractus, sed solummodo accidens aliqua qualitas, aut detrahendo aut adjiciendo immutatur: non putaverim ea pacta ex intervallo apposita, jure civili prodesse ad agendum, nisi quatenus traditione firmantur: ne videlicet ex pacto detur actio *d. l. pacta. 72. de contrah. empt.* Pacta etiam tunc jure novissimo prosunt ad agendũ, cum muniuntur chirographo, aut scriptura: quia transeunt in contractum, qui literis constare dicitur. *Panorm. in c. 1. nu. 4. & 5. ext. eod.* Unde his temporibus, rarò pacta nuda inveniuntur: quoniam pleraq; solent in scriptum redigi, & consignari vel à partibus, vel à judicibus, vel à notario. *Socin. reg. 9. nu. 14. in fallent. ex doctrina. Bart. in l. 1. C. de cond. ob caus. & in l. si creditoris C. de pign. Cag. in l. ad quod nostrum. num. 24. de reg. jur. per not. in Rubr. de verb. oblig. pro hoc text. in l. 7. § quod ferè 5. hoc tit. l. non figura. 38. de oblig. & act.* prodest etiam pactum ad agendum, cum fit in judicio *l. 4. § fin. de fidejussor. tut. l. tale pactum. 40. § qui provoc. ubi Bart. Ias. in d. l. 7. §. sed cum nulla, num. 19. h. tit.* Quod etsi disputari potest, tamen rationem habet: cum quoniam in judiciis quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit de pec.* (ex quasi contractibus autem, ut aut nominatis plerunque, aut civile negocium continentibus, oritur obligatio & actio: *l. 2. & 4. de actio. tot. tit. Inst. de obl. quae ex q. contr.*) tum quod, quae in judiciis fiunt, omnem solennitatem contractuum exuperant, *l. publicati, l. omnium, l. sancimus. C. de testa.* & incumbunt officio judicis cui credita sunt: ut is suam ad fidem exonerandam, meritò providere debeat, quo res ad exitum producatur *l. aediles. 25. § item de aedil. ed.* His ita expositis, tempestivum est ultimo loco exquirere, quae vis atque authoritas jure Praetorio, & novissimè Pontificiis canonibus, (quos potissimùm hodie sequimur) atque moribus horum temporum, pactis sit attributa. Cum ergò ad eum quem dixi modum pacta nuda jure civili destituerentur, subvenit Praetor edicto suo: quod videret compluries incidere, ut pacta servari aequum esset. Quare proposuit in eam rem hoc edictum, PACTA CONVENTA, QUAE NEQUE DOLO MALO, NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA PRINCIPUM, NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT, (hoc est, quae non in Fraudem legis facta sunt) SERVABO, *d. l. 7. §. Praetor 7. hoc tit.* Verbum, Servandi, puto hic generale esse, & quamlibet tuitionem significare: scilicet quae praestatur variè, prout re proposita, proque variis circumstantiis facti, datis aut Actionibus aut Exceptionibus, *l. inter §. 1. famil. herciscun.* Qua in re praetor non recedit a Jure civili, sicut ipsa notant Edicti verba, sed solùm Civile jus interpretatur: videlicet quando actionem Ex pactis, cum hoc definitio ratione juris civilis permittunt: ut cum pactum est contractui appositum, notaturque verbis edicti: Pacta conventa: id enim propriè Conventum dicitur: *tot. tit. C. de pact. conven.* aut rei Traditione Implementoque causae, aut alia aliqua Efficacia obligationis civili munitum: ut etiam Ex aequitate civili actio danda sit. Aliàs porrò ubi haec desunt, non actionem ex Pacto dat Praetor, sed Praescriptionem: praescribens scilicet judicium Pedaneo judici, non Purum, sed cum exceptione: Extrà quam si quid pactum erit, &c. Neque verò hac etiam in re, Praetor recedit a jure civili: sed illud magis interpretatur, & datâ expressim exceptione confirmat. *ut Inst. de bon. possess. in princ.* Nam dixi, Etiam legibus civilibus, quod ex pacto solutum est, non posse repeti: quia naturaliter debitum solutum est *d. l. debitor. 59. § fin. ad SC. Trebell. l. inter 26. § fin. de pactis dotalib. l. cum proponas. 21. C. de pactis.* Postquam enim traditio ex pacto facta est, pactum ipsum firmatum est traditione, *d. l. in traditionibus. 48. h. t.* & res tota transacta & confecta. Ea autem quae transacta & confecta sunt, resuscitari non debent, minuendarum litium causa, *vid. inf. h. t. 1.*

h. t. 1. Ex quibus intelligi jam facilè potest, nihil jure civili alienum facere Prætorem, cum Ex pacto nudo exceptionem pollicetur. Nam exceptio, actionis est exclusio. *l. 2 de exceptionibus*. Quare qui excipit Ex pacto, vel exceptionem a Prætore sibi dari hoc nomine petit: is proculdubio possidet aliquid Ex pacto: hoc est, aut Accepit, aut Retinuit nescio quid, quod alioqui ab eo actione aliqua peti possit. Cur enim exceptione opus sit, nisi quid peti possit, quod per pactum deinceps fuerit remissum, & quasi traditum? §. 1. *Inst. de except.* Nam qui De pacto excipit, effectu dicit, sibi quasi traditionem & solutionem Ex pacto factam esse, quæ pristina actione condici non debeat: quando eorum, quæ Ex pacto solvuntur, nulla ne quidem jure civili sit repetitio. Ut igitur (verbi gratia) cui decem pacta sunt, & soluta exceptionem etiam jure civili habet, contra repetentem: quia pactum traditione consummatum est, & solutum naturale debitum: ita & cui remissio Pacto Liberatorio facta est, eadem exceptio danda est: quia possidet Ex pacto, tanquam solutum, vel sibi datum. Remittere enim dare est. *l. 4 in princ. ubi Bart. de pecul. l. si mulier. de cond. ob caus. l. si quis de legaverit. 12 ubi Bart. de novat. Dd in l. pactum 17. C. de pact.* Quanquam autem hac de re plura subtiliter disputari possunt, tamen modus aliquis adhibendus est: maxime cum hæ juris veteris subtilitates, hodie non sint in usu. Nam primum jure Pontificio, ex quolibet pacto oritur actio. *c. 1. & 3 ubi Can. extr. eod.* Deinde hodie idem obtinet in omni foro, ubi ex æquo & bono, & ex suprema potestate judicatur: ut sunt Curiæ summorum Principum Arbitratorum, Mercatorum, & similium. *Bart & Dd in l. 7. §. quinimò per illum tex. hoc tit. & in l. si fidejussor. 29 §. quædam mandat.* Etsi verò longa est disputatio, an in reliquis Curiis, in quibus secundum jus civile pronunciatur, jus Pontificium obtinere debeat: tamen communis opinio est, & ita usus observat, ut indistinctè ex pactis Nudis serió & deliberatè initis, etiam in foro Civili hodie detur actio. *Bald. & Salic. in l. petens. 21. C. eod. idem Bald. in l. legitima. 6. in prin. hoc tit. & Ias. qui dicit esse communem, in d. l. 7. §. sed cum nulla num. 4.* Quod verum puto, & sequendum. Nam ejusmodi pacta cum obligent naturaliter, & ex bono & æquo, *c. 1. in princ. hoc tit. l. 1. de const. pe.* sequitur eum, qui pacta non servat, contra naturam, conscientiam, atque adeò contra officium boni viri facere, ac peccare, ut volunt Canonistæ, moraliter, *glo. in c. 1 de pactis.* Et certè divus Paulus ad Rom. 1. 31. ἀσυνθέτους, hoc est, eos qui pacta non servant, in illis numerat, qui capitaliter delinquunt. Est autem definitum inter Doctores: Ut quotiescunque agitur de cavendo peccato, deque causa conscientiæ, toties etiam in foro civili jus Pontificium debeat observari, *c. 1. & 2. ubi Dd de operis no. nun. Castrens. in Auth. at qui semel num. 3. & 4. C. de probatio, cum simil.* Hoc ergo constituto, sequens est exponere Quænam actio ex pacto detur. Jasio *Ias. in l. lecta num. 10. si cert. peta & in d. l. 7 §. quinimo in prin. ex doctrina glos. Bart & alior. in l. pacta 6. C. eod.* vult competere actionem Præscriptis verbis, quæ datur ex reliquis contractibus innominatis, *d. l. 7 in fin. prin. d. l. naturalis 5 de præscript. verb. cum simil.* Atqui sciendum est, actionem Præscriptis verbis, non ex sola produci Conventione, sed tantummodo Ex æquitate rei traditæ, qua paciscens alterum sibi obligavit *d. l. 7 in fin. princ.* Quocirca locum hæc habere potest actio cum res intervenit, cujus traditione qui agere vult, alterum sibi devinxit. *l. cum mora 6. l. si profundo 33 C. de transact.* Sed hoc perraró in pactis potest evenire, in quibus plerumque non inest συνάλλαγμα, quia donationis causa fiunt, *l. 1. infr. de transact.* Magis ergo consentaneum videtur, ex pacto non actionem Præscriptis verbis (nisi quando res intervenit) sed Conditionem ex lege, vel potius ex Canone nasci: sicut ea dari solet ex omnibus contractibus, qui nova aliqua lege aut canone vim adipiscuntur, *l. unic. ubi Bart. de condic. ex lege,* cujusmodi sunt donatio, *l. si quis argentum 35 §. penult. ubi Bald. & Salic. C. de donat.* contractus emphyteuticus, feudalis & consimiles. *Bart. Bald. & communiter Dd. in d. l. 1. de cond. ex lege.* Eandem igitur actionem hodie ex pactis dari, verius est. *Innoc. Panor. & alii, in d. c. 1. de pact. quam sententiam latè asserit Socin. in fall. reg. 9 num.* Quia verò diximus, non solum Actiones, sed etiam Exceptiones ex pactis dari: *l. 2. hereditari 5 cum simil. C. de pact.* Ideo non ab re fuerit, & illud ultimo loco exponere. Utrum hæc exceptio privilegiata sit, impediat litis ingressum: an verò tantummodò peremptoria sit perhibenda: qua de re variè disputatur, *in l. 4. ubi Ias. distinguit. & d. l. creditori 5. C. de pactis in l. nam postea 9 ubi Bart. Ias. & alii, ff. de jure in Sem. & Franc. in l. 1. de lit. contest. in c. olim. inter de lit. contestat.* aliis existimantibus, exceptionem esse privilegiatam, quoniam Imperator. *d. l. creditori 5. ubi ita Castr.* ait Petitionem per exceptionem repelli: aliis contra statuentibus, & quidem Communiter, ut hæc exceptio tantum sit Peremptoria, non etiam impediat Litis ingressum. *pro quo text. in §. 1. Inst. de except. in l. si unus 27 § pactus ne peteret & §. sed si stipulatus hoc tit.* Quod & rationem habet. Nam nullæ exceptiones impediunt litis ingressum, nisi quæ tollunt jus actionis, sic ut lis instaurari non possit: velut est exceptio quæ datur ex Re judicata: Jurejurando, Transactione, Præscriptione, &c. *Bart. Ias. & Dd. in l. nam postea de jurejur. glo. in c. 1. de lit. contestat. in 6.* His enim modis finita lis amplius instaurari nulla ratione potest. *l. causas 16. C. de transact. l. nam postea 9 in princ. in verb. denegatur actio. de jurejur. l. sub specie C. de re jud. l. post rem judicatam infr. eod. cum similib.* Exceptio verò quæ datur Ex pactis, non est istius generis. Nec enim tollit actionem: *d. §. 1. Instit. de except.* quia regulariter non tollit obligationem Civilem, *l. si unus 27. § pactus ne peteret hoc tit.* sed tantummodo Naturalem *l. Stichum §. naturalis de solutio.* Nam cum pacto solum in sit naturale vinculum, videlicet Æquitas conventionis; non potest aliud tollere, quam quod eodem vinculo constat. *l. ab emptione. 58. hoc tit. l. nihil tam naturale de reg. jur. cum simil.* Cum igitur, non tollat civilem obligationem, sequens est, ut nec actionem civilem ipso jure removeatur, nisi cum pactum quoque legitimum est & civile. *d. l. si unus § pactus ne peteret. l. 6 h. t.* Interpretes tamen omnes ferè peremptorias ad impediendum litis ingressum admittunt, dum in continenti probari queant. *vid. Philip. Franc. c. 1. de lit. in 6. Blanc. trac. de compromiss. part. 4. de imped. lit. ingress. gl. in l. 6 C. eo & l. 7. §. quinimò ubi Dd h. t.* Cæterum hic admonendi sumus, ex pacto quandoque suppeditari non Exceptionem pactis, sed Doli: cum videlicet exceptio conventionis dari non potest: quoniam res vel persona, ad quam ex æquitate utilitas pacti porrigitur, illo comprehensa non est. Hac enim in specie competere nequit exceptio pacti: quia conventio cum stricti juris sit, *l. si unus 27 § ante omnia §. ll. seq. hoc tit. Bald. in l. approbationem 21. C. de probat.* ad alias personas vel res, quæ non sunt disertis verbis comprehensæ, extendi nequit. Ut igitur deficiente Actione contractus, datur actio Doli: *l. & eleganter 7. de dolo malo in princ. & §. 1.* ita multò magis, deficiente Exceptione conventionis, competit exceptio doli: *l. 1. 2. cum ll. seqq. de dol. mal. & met. ex.* quotiescunque scilicet ex æquitate aliqua danda est, *l. 7. §. penult. & fin. l. & heredi 21. l. rescriptum 10. §. fin. hoc tit.* eoque facilius datur, quòd Exceptio Doli non sit Extraordinaria, sicut actio Doli, quæ est Famosa: neque Specialis, sed Universalis, ut nequit I.C. cui toties locus sit, quoties alia exceptio nominata deficit. *l. 1. & 2. & tot. tit. de dol. mal. & metus except. ubi vide.* Illud quoque postremò notandum, tantam esse pacti vim, ut si solvatur quod pacto remissum est, competat Indebiti condictio: quasi indebitè solutum id sit, quod exceptionem pacti revera & cum effectu exigi, obstante nimirum pacti exceptione, non poterat. *l. creditori 5. in fin. C. eod. l. si non sortem. 26. §. indeb. de condict. indeb.* Atque hæc quidem de Effectu pactorum: nunc aliquid de Interpretatione commodum subjiciamus.

10. *De interpretatione pactorum: cui prosint vel noceant, & ad quas personas vel res & quàm latè extendantur.*

Aliquoties jam dictum est: Pacta stricti juris esse *d. l. 7. §. quinimo ubi post glos. magn. Ias. num. 12. hoc tit. & idem Ias. num. 17. in l. lecta si cert. peta.* Ex quo sequitur, ea strictam recipere interpretationem: & in his nihil, nisi quod disertè verbis comprehensum aut expressum est, *l. si repetendi C. de condict. ob causam* actum intelligi (id quod commune est omnibus stricti juris conventionibus: *ut tradunt Dd in l. quicquid 99 de verb. obligat.*) nisi cum Pacta apponuntur Bonæ fidei contractibus, secundum quos ex bono & æquo recipiunt interpretationem: *l. juris gentium 7. §. adeo l. ab emptione 59. hoc tit. l. 3 de rescin. vend.* sicuti & stipulationes ac juramenta, *l. ultim. C. de non numerat. pec. l. ult. ff. qui satisd. cog. vide Ias. in l. si convenerit num. 4 ff. de jurisd. omn. jud.* cum istiusmodi contractibus adjiciuntur, *l. 4. de usur. Ias. in l. 1. in princ. de verb. obligat.* Absoluta verò pacta (quæ non referuntur ad alios contractus bonæ fidei) ita strictè interpretamur, ut nec ad alias personas, nec ad alias res extendantur, nisi quæ expressis verbis pacto comprehensæ sunt. *l. si unus 27. §. pacta 4. vers. & in summo hoc tit.* Nam iis qui non pepigerunt, pacta, neque nocent neque prosunt, *l. si actionem 14. C. eod.* etiam jurejurando firmata, *ut ait Schurff. consil. 66. num. 19. cent. 1.* Quod verum est, nisi vel ex dispositione juris, vel ex verisimili partium conventione pacta ad alium, quam qui pepigit, deriventur. Ex dispositione juris: ut quod ab imperatoribus rescriptum est, plurium creditorum conventionem, cum debitore factam, ad alios quoque creditores, pauciores numero quamlibet invitos, pertinere: *d. l. 7. §. fin. cum ll. sequentib. l. rescriptum 11. hoc tit. l. si non expedierit 6. de bo. author. jud. possid.* quod pactum servi aut filii, propter potestatem ad dominum & patrem extenditur: scilicet ut his prosit, non etiam ut noceat. *l. & heredi 21. §. 1. hoc tit. l. filius C. eod.* Quod favore dotis pacta dotalia, quæ parentes aut extranei faciunt, porrigunt ad mulierem nubentem, *l. Cajus, 45. in fin. solu. matrim. l. 4 l. pater 7 C. de pact. conven. l. unic. §. 1. C. de rei uxor. act.* ex verisimili partium conventione: videlicet cum hoc ejus interest qui pactum fecit, & verisimiliter ea de re actum est. Nam etsi stricti juris sunt pacta:

tamen quia & tacitè conveniri potest, *l. 2. h. t. cum seqq.* ideò ea quoque conventa intelliguntur in pactis, ut in aliis strictis, *l. Titia 134. § & melior sen. in l. si ita, 120. §. penult. in verb. inesse tempus vel conditionem ex eo quod agi apparebit, l. si stipulatus. e12. de verb. obligat. eleganter Ias. in § actionum nu. 4 & 37. Instit. de actio ubi dicit omnes contractus mundi esse bonæ fidei, quoad intentionem.* de quibus verisimiliter est actum. Hoc modo interpretamus pactum procuratoris pertinere ad dominum *l. rescriptum, 10 § fin. hoc tit.* tutoris, ad pupillum: *l. tutoris 15. hoc tit.* magistratus aut magistri collegii, ad universitatem civitatis vel collegii *l. item 4. hoc tit. l. præses 12. C. de transact.* Horum tamen pacta indistinctè extenduntur, eo modo quo dictum est, cum prosunt, non etiam semper quando nocent. Nec enim, verbi gratia, licet tutoribus, aut administratoribus, aliquid pacto donare aut remittere, quod liquidum sit, *l. contra 28. §. 1 hoc tit. l. pactum curatoris 22. C. eod.* Procuratoris quoque pactum domino non nocet, si certum jus remittat: neque alias pacisci in damnum domini potest, etiamsi jus sit incertum: nisi aut speciale ad hoc habeat mandatum, aut constitutus sit cum libera, *l. nam. & nocere 12. hoc titul l. procurator. de procura. vid. infr. de procurator.* Eadem ratione pactum venditoris prodest etiam emptori: quia hoc paciscentis interest, *l. si tibi 17. § pactum 4. hoc tit.* ne evictionis nomine in posterum teneatur. Pactum principalis debitoris, proficit fidejussoribus, *l. & hæred. 21 § fin. hoc titul. l. 3. de rescind. vend.* non etiam nocet: *l. centum Capuæ de eo quod certo loc. l. fidejussores de fidejuss.* Nam facto debitoris, conditio fidejussorum deterior reddi non potest, *l. ultim. h. tit. vid. infr. de fidejuss l. centum Capuæ, de eo quod certo loc.* E diversò autem, fidejussoris conventio nihil reo commodat. Neque enim interest fidejussoris paciscentis, utrum a debitore exigatur, an non, cum is adversus eum nullam habeat actionem. At è contrario, si fidejussor nomine debitoris exigatur, regressum habet is actione Mandati, adversus debitorem. Itaque cum debitoris intersit, non exigi a fidejussore, meritò pactum illius De non petendo, etiam fidejussori prodest. In correis utrum unius pactum ad alterum extendatur, variè disputatum est *in l. si unus 27. h. tit.* In quo vera videtur distinctio, ut alterius pactum alteri prosit: quando scilicet alter regressum habet contra alterum: non autem noceat: quia in re communi, socii conditionem nemo potest facere deteriorem, *l. unus 34 de serv. præd. rust l. 2. de servitut.* Eoque pactum tantum illi nocet, qui pepigit, *l. si unus, hoc tit. l. in re communi 16. De serv præd urb. unde infr de duobus reis.* Ut autem ad alias personas pactum non extenditur, extra casus jam dictos: ita nec ad alias res quæ pacto comprehensæ non sunt: puta quæ à re conventa sunt separatæ: *l. qui cum tutoribus 9. § De Transact. infr. tit. 1. l. 3 C de transact.* vel, si separatæ non sunt, de quibus tamen non est verisimiliter cogitatum. *l. tres fratres 35 hoc tit.* Aliud servatur in his de quibus est tacitè actum. Nam sicut ex verisimili conjectura mentis contrahentium, pacta ad alias personas extendi diximus: ita & ex iisdem conjecturis, ad res quamvis non expressim comprehensas, porriguntur: ut si generalis divisio facta sit hæreditatis, aut inter socios rationibus utrinque putatis, & approbatis & transactis, liberatio subinde mutua de omnibus debitis atque creditis, qualibuscunque confecta. Talia namque pacta generalia, etiam ad illa pertinent, quæ specialiter comprehensa non sunt, aut quæ ignorabantur: quandoquidem apparet, de his quoque verisimiliter actum esse, & in genere cogitatum: *d. l. qui cum tutoribus, §. fin. infr. tit. 1. l. sub prætextu 19. C. de transact. l. emptor. 47. in fin hoc tit. l. qui Romæ § fin. ubi Dd. de verb. obligat* & verba pacti generalia, ad hæc extendi salva recti sermonis ratione possunt, *ita est communis conclusio Dd. in l. sub prætextu. 19. l. si de certa. 31. age. l. 3, C. de transact. in d. l. emptor §. Lucius hoc tit. Alex. consil. 11. vise. num. 9. & 15. vol. 2. vide tamen Dd. in l. unic. C. de erro. cal* Alia porrò pacta & transactiones, præsertim speciales, non extenduntur ultra species de quibus actum est, *d. l. si unus 27. §. ante omnia. hoc tit. l. 3. l. si de certa, cum simil C. de transactionib.* Illud postremò hoc in capite notetur, pactionem obscuram, hoc est, quæ nullo modo potest intelligi, vel ambiguam, hoc est, quæ duobus vel pluribus modis accipi potest, semper nocere ei, qui dicere potuit apertius, ut venditori, *l. veteribus 39. hoc tit. l. Labeo 21. l. cum in 33. cum l. seq. de cont empt. l. cum quæritur, 26 de reb. dub. Schurpff. consil. 37 num. 6. cent. 1.* is enim potuit legem qualemcunque rei suæ in venditione dicere. *l. ubi C. de pact inter empt. & vend l. non omnem 9. de act. rer. amot. l. legem. 10. C. de pact. l. 1. C. de pact convent l. legem. 9. C. de dona.* Eodemque modo in stipulationibus interpretatio fit contra stipulantem: quia cum stipulatio ab interrogatione incipiat, illi imputandum est, cur non apertius sit stipulatus. *Schurpff. cons. 18 quæstionu, num 2. cent. 1.* in reliquis etiam pactis, arbitror in dubiis interpretationem fieri pro debitore, cui aliquid remissum est. Nam creditor potuit apertius legem remissioni dicere, cum fuerit res in ejus potestate: & deinde in dubiis interpretatio pro liberatione facienda est *l. Arrianus, 47. de actio. cum simil.*

II. *Contraria & quomodo pacta tollantur.*

Contraria pactis sunt error, *l. si cum te 51. h. t.* dolus, *d. l. juris gentium 7. §. ait prætor. h. tit.* metus. Sed error, quoniam omnimodo consensum impedit, *l. si per errorem. 15. de jurisdict* planè annihilat conventionem: dolus & metus non item, quia non prorsus vacant consensu. Nam qui decipitur, magis errat in causa pacti, quam in ipso pacto. *Bart. in l. & eleganter in princ. de dol. malo.* Qui cogitur metu, & hic quoque consentit in conventionem, quamvis invitus. Nam voluntas coacta, etiam voluntas est. *l. si mulier 21 §. penult. infr. de eo quod met. caus* Quare pacta, dolo aut metu contracta, non sunt ipso jure nulla, quod ad jus conventionis attinet: nam aliqua conventionis ratione sustentantur: sed non habent effectum jure civili. Etenim ex pactis datur tantum exceptio non actio. Exceptionem autem dat Prætor: at illam se daturum negat ex pactis, dolo vel metu initis. *d. l. 7. §. prætor.* Ex quo conficitur, jure civili nihil istiusmodi pactiones operari, *l. cum postquam 9. C de pactis.* Nam & in edicto prætor ejusmodi pacta comparat illis, & æqualia facit, quæ legibus aut Senatusconsultis adversantur: hæc autem esse nulla, certi juris est. *l. pacta 6. C. eod. l. non dubium. C. de legib.* Contraria similiter pacto, sunt vitia quæ in materia hærent: ut cum aut turpis res, aut illicita publicave in pactum deducitur. *l. si unus 27. § pacta l. contra juris 28. hoc tit &c.* Quæ pacta simpliciter nulla sunt, *d. § pact d. l. 6. C. de pact* sicut reliqua, quæ legibus adversantur naturalibus vel civilibus, *l. non dubium 5. C. de leg.* Contrariis etiam pactis priora tolluntur: *l. ab emptione 58. hoc tit. l. pacta novissima, C. eod.* scilicet quatenus conventione constant. *d. l. ab emptione. in fin. l. Stichum. 95. §. naturalis de solut.* Actiones autem non solà nituntur conventione: sed oriuntur ex obligatione civili: proindè nec simpliciter a pacto perimuntur. Quædam, inquit Paulus, actiones ipso jure tolluntur pactu, quædam non. *l. si tibi. 17. § 1. hoc titul.* Ipso jure tollitur actio injuriarum & Furti, quia pacta hæc legitima sunt: cum lege XII. Tabul disertè sit expressum, ut de his pacisci liceat. *d. l. jurisgentium, §. si paciscar. versic. nam de furto lex pacisci permittit.* Reliquæ actiones, quæ jure civili vel honorario sunt introductæ, non tolluntur per pactum, quod scilicet non sit legitimum: sed objectà exceptione eliduntur: *d. l. si tibi. §. de pignore. d. l. si unus § pactus ne pet. h. t.* Facile ut intelligi possit Exceptionem pacti non esse litis finitæ: id quod superius est disputatum. Illud etiam obscurius quia videtur, nobis est hic exponendum, quod J.Ctus *d. §. pactus* ait: Si pactus Ne peteret, postea convenit Ut peteret, prius pactum elidi per posterius, non ipso jure, sicut in stipulationibus, sed per exceptionem. Contra quippe poterat videri. Nam pactum de Non petendo constat sola conventione. Ergò contrariâ conventione de Petendo, videbatur ipso tolli jure posse. *d. l. si Stichum, § naturalis, de solutionib l. ab emptione, de pact l. nihil tam naturale, 35, de reg. jur* Sed sciendum est, pactum de non petendo referri ad obligationem efficacem, quæ præcedit, & ex qua agi potest. Unde non manet in simplicibus terminis conventionis: sed quoniam opponitur petitioni efficaci, ideò jure Prætorio producit exceptionem, quæ præscribat actioni. Hoc jus excipiendi, cum sit ex jure Prætorio, quod pars est civilis juris, non potest auferri per nudam conventionem contrariam de petendo: sed necessum est, exceptioni, quæ ex pacto convento à prætore impetratur, opponi contrariam exceptionem, a prætore impetratam, aut ex eodem jure Prætorio desumptam, quæ replicatio dicitur. Hoc est quod postea subdit JC. in stipulationibus Jus versari, in pactis verò Factum. *d. §. pactus ne peteret* Nam stipulatio, cum contractus civilis sit & legitimus, *d. § de constit. Instit de actio.* ipso jure inducit actiones, & tollit acceptilationibus & novationibus, sicuti reliqua pacta legitima: *l. 6. h. t. l. 4. infr. tit 2. l. 3. & 4. C. de transact* pacta verò juris civilis non sunt, eoque non operantur hoc jure, sed adjuvantur à Prætore, datâ exceptione vel replicatione, quæ est exceptio actoris: *l. 2. de excep* Quæ licet juris sunt, tamen in facto consistunt: hoc est ex facto conventionis oriuntur, & facto hominis sunt opponenda in judicio, quia nisi ipso facto exceptio aut replicatio opponatur, nunquam eam judex supplet, *l. 1. ubi Castren prætor alios C. ut quæ desunt advo. in § 1. cum seqq. Instit. de excep.* Ex quo potest intelligi, quid velit JC. cum ait in pactis factum versari: scilicet quod ad elidendas actiones aut exceptiones attinet. Non potissimum hic agit de facto contractus seu conventionis, sed de facto quo eliditur actio vel exceptio de non petendo: ut verba planum faciunt.

OBSER-

OBSERVATA.

N. I. *Sæpè fit*) Explicata ratio connexionis est, quod V. ad præparatoria judiciorum pertineant *Exceptiones rei*. Nam quemadm. in jure erat edenda ab actore actio, ut constaret an jure posset agere: ita & reus coram Prætore tenebatur proferre suas exceptiones, ut dignosceretur, an danda esset formula exceptionis, Conf. Vult. *jurisp. Rom. lib. 2. c. 26. p. m. 589.* His accedunt & aliæ Authoris rationes.

N. II. *Pactum differt à contractu*) Hæc invicem differre verissimum est, sed falsissima definitio contractus quam A. assignat. Pro evidentiori ergò intellectu hic notandum quid sit contractus, quid synnallagma. Vox contractus ex usu Rom. tripliciter accipitur: (1) *Latissimè* sed minus propriè, pro *quolibet facto unde obligatio* descendit, *l. 20 de judic. l. 7. C. de his quæ vi metuve, caus. l. 1. contrahuntur de legib.* sive ex justitia commut. fit, sive ex virtute alia quid debeatur, *Conf. supr not. ad t. de I. & I. n. 10. verb. in summo in fin.* Imò sive & ex delictis. Hoc modo itaque quasi contractus, pacta legitima, *l. 6. h. t. junct. d. l. 20. de judic. l. 17. C. de fid. instr. l. 8. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* & delicta dicuntur contractus. Et hæc non solùm Aristoteli, *5. Eth. 5. in fin.* sed & JCtis, *l. 52. de re judic. arg. d. l. 1. de legib. l. 1. junct. l. 21. §. 5. rer. amot. Auth. qua in provincia, C. ubi de crimin.* Nam hoc sensu contractus alii dicuntur voluntarii, alii involuntarii, *Arist. d. l.* Et tunc Synonyma contractus (voluntarii) sunt negocium, *l. 48. l. 57. de O. & A. l. 32. de reb. cred. l. 14. de precar.* pactum & pactio *§. 1. l. de usufr. l. 3. pr. eod. l. 10. C. h. t.* conventio *l. 7. §. 1. h. t.* & metonymicè obligatio, *l. 20 de judic. l. 19. de V. S.* (2) *Propriè* sed *Strictius* est illa species veri contractus, qui συνάλλαγμα, seu ab utraque parte obligatorius, *d. l. 19.* (3) *Propriè & latè* sumitur pro vero contractu, *l. 15. l. 22. de præscr. verb. l. 35. §. 3. de tac. & amb. conventionib. tit. 3. lib. 1.* Hic jure Rom. est. *conventio quæ ex se & sua natura producit obligationem ad agendum efficacem.* Natura (facultas scilicet indoles naturalis) in eo est, quod habeat vel certum nomen, vel causam, *arg. l. 1. de O. & A. junct. l. 7. §. 1. & 2. h. t. l. 1. §. 2. de rer. permut.* Unde alii definiunt *conventionem habentem nomen vel causam, arg. d. l. 7. §. & 2. h.* Rectiùs Clar. Ludvvel. *disp. Inst. 11. th. 2.* finit conventionem, *obligationem efficacem propriâ suâ vi producentem.* Cum quibus ferè coincidunt definitiones Sutholti *disp. 12. aphor. 47.* *Nomen* dicuntur habere, quod singulare nomen invenerint, quo appellantur, præcipuè verò quod formam habeant à cæteris diversam, *arg. d. l. 7. §. 1. h.* *Causam* habere, quod nomen quidem habeant & formam, sed non nisi generis, *arg. d. l. 1. §. 2. h.* Inde Nominati Jasoni sunt *in l. 7. h. t.* qui habent *nomen speciale & discretivum.* Innominati qui nomen speciale non habent, sed solùm *nomen generis, quod est æquivocum & confusum.* Add. Filluc. *tr. 33. c. 1. n. 7.* Illi, ut sunt in esse producti, & propter vim conventionis statim producunt, obligationem: Hi non nisi datum quid sit, vel factum, h. e. synallagma s. causa intervenerit, *sæpè d. l. 7. §. 1. h. l. 5. l. 15. de præscr. verb.* Ratio itaque, quare nominati obligationem statim producant, non ponenda est, in nomine tantùm, re *accidentali & externa.* Alias enim & permutatio, hypotheca, constitutum, transactio, donatio & ejusmodi alia suum nomen habentia, contractus (contra fautorem sententiam) nominati rectè dicerentur, ut hactenus benè animadvertit Grot. *de J. B. & P. l. 2. c. 12. n. 3.* Neque tamen causa vera est *frequentior usus* quàm innominatorum, ut opinatur Idem *d. n. 3.* & Suth. *d. disp. aphor. 45.* qui error à quodam Ray. de Fot. teste Jason. *d. loc.* primitus promanavit. Nam permutatio omnium frequentissimus est contractus, *l. 1. de contr. Empt.* nec tamen nominatus, sed innominatus, *d. l. 5. §. 1. de præscript. verb.* Vera autem & prima causa est, quàm suprà diximus, sc. quia nominati non stant in suo *nudo nomine conventionis* (*h. e. dandi vel faciendi,*) sed *formam singularem* acceperunt: sive ejusmodi forma peculiaris sit jure Gent. sive jur. civ. introducta, *Jas. d. l. n. 1.* II. Synallagma *in genere* significat mutuam obligationem vel permutationem, *ut l. 1. §. 1. de rer. permut. l. 19. de V. S. Vid. p. 27.* Quomodò Aristot. *d. 5. Eth. 5.* συναλλάγματα alia esse ἑκούσια, alia ἀκούσια. *Strictè* JCtis est datio, aut factum actuale, *l. 7. §. h. t.* Wesenb. *h. n. 9.* aliàs causa, *d. §. 2. & §. 4. h. t.* negotium (strictiùs) *l. 15. de præscript. verb.* Et hocce synnallagma inest etiam *innominatis & q. contractibus,* quorum tamen hi exindè non fiunt innominati, cum ut talis dicatur, simul & consensus verus requiratur & Synallagma. Quasi autem contractus, licet causam habeant, tamen non verum sed fictum habent consensum. Dissentit Vulteius, definiens contractum *conventionem cum causa, l. 1. jurispr. Rom. 30.* quem sequi videtur novissimè Arnol. Corvin. *enchirid. jur. lib. 3. tit. 14.* Verùm hac ratione (1) *Contractus consensuales non forent contractus, quia nomen habent, non causam l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 1. § f. h. t.* (2) *Vocabulum causæ, in jure potissimùm significat, vel modos contrahendi, l. 11. de V. S. vel dationem aut factum actuale, ut iterùm aliquid detur, vel fiat, l. 7. §. 2. h. vel denique causam finalem, quomodo dicitur contractum habere causam dandi vel faciendi, i. g. respectum eum, ut quid detur, vel fiat. At verò si pro modo contrahendi accipias causam, absurda sat erit definitio, cum aliud sit contractus, aliud modus contrahendi. Si pro datione factove actuali, tum consensuales excluduntur, ut & stipulatio. Si denique pro causa finali, tum & pacto competet; quia si e. g. alteri promitto decem, ut mihi libros suos vendat, nudum pactum est, & tamen fit in respectum faciendi, sc. quo libri vendantur, eademque ratione & pacta legitima contractus existerent.* Mozzius *de contract. artic. 1. n. 7.* definit *conventionem cum promissione obligatoria unius vel plurium, tacitè vel expressè firmiter inductam.* Sed (1) *& pactum adjectum, it. legitimum est conventio cum promissione efficaciter obligatoria, l. 6. l. 7. § 5. h, non tamen, contractus.* (2) *innominati & q. contractus fiunt re ipsius interventu & non cum sola promissione obligatoria, & tamen sunt contractus. Nam firmiter inducta conventio cum promissione obligatoria,* ambiguè dicitur, ut modò notavimus ratione prima. Quâ ratione etiam Vinc. Fillinca definitionem *c. 3. n. 2.* quod fit *pactum. ex quo vel utrinque, vel altera tantum ex parte nascitur obligatio,* non agnoscimus. Et laborat eodem modo illa Petri Gudelini *de jur. nov. l. 3. c. 1.* est *pactum ex quo oritur obligatio.* Timæus Faber *disp. anniversf. 22. th. 5.* contractum dicit *conventionem cum causa, sua vi producentem obligationem.* Quæ definitio, si vocabulum causæ demattur, (*est enim valde ambiguum, & ex d. l. 7. §. 2. h. t. apertè constat, quosdam contractus causam non habere*) cum nostra coincidit. Bacchov. *comm. h. rubr. de contractu n. 1. & seqq. ad Tr. h. th. 1. D.* post longam disputationem de Essentia contractus investigandâ, & evitando, præcipuè in definitione ejus vocabulo causæ. tandem *n. 4. circ. fin.* lubens fatetur, *se, quod commune sit contractibus nominatis & innominatis, & de utroque prædicetur æqualiter, reperire non potuisse.* Demq. Doctores vulgariter contractum definiunt ex *l. 19. V. S. ultrò citroque obligationem.* Et hanc nonnulli [illegible] intelli-

V. inter præpar. judicior. ponun. — Vox contractus tripl. accipitur. — 1. — 2. — 3. — Propriè quid. — Quid nominati & innominati. — Nominati non dicuntur à solo nomine. — Nec à frequentiori usu. — Vera ratio forma & modus contrahendi peculiaris. — Quid synallagma. — Inest & innom. & q. contr. — Rejicitur definitio contractus Vulteiana. — Mozzii. — Filluccii. — Gudelini. Timæi Fabri. — Bach. fatetur se investigare non posse contractus essentiam. — Explicatur definitio vulgaris ex l. 19. de V. S.

intelligunt *sc. d. l.* de *effectu contractus* sc. obligatione *ut uterque obligetur, vel statim initio, vel ex post facto.* Alii verba *ultro citroque* referunt *ad consensum.* qui semper ab utraque parte intervenire debeat, *arg. l. 55. de O. & A.* ut sensus sit, *contractus est mutua conventio, seu tractatus hinc inde habitus.* Et ita sentiunt Wesenb. *h.* Gœddæ *d. l. 19.* Chr. Besold. *th. pr. v. contract. 61.* Mozz. *d. art. 1. n. 10.* Molin. *d. l. & I tom. 2. disp. 252.* Soto *de I. & I. lib. 6. q. 2. art. 1.* Gregor. de Valent. *comm. Theol. disp. 5. q. 20. punct. 1. verb. & congrue.* Valentia quidem post Sotum definitionem Labeonis ita intelligit *causaliter* (*quod non sit contractus ipsa obligatio sed causa obligationis*) ut sit *actio ex qua utrinque nascatur obligatio ad faciendum quippiam, quo justitiæ æqualitas inter contrahentes constituatur, vel stabiliatur.* Idemque sentit, sat alioquin accuratus, Conr. Summenhart *de contr. lic. & illic. q. 16. dicens in d. l. 19.* esse prædicationem causalem non formalem.

Rejicitur.

Verùm nec sic explicata illa potest subsistere. Enimverò (1) definitio Labeonis *non generalis est, sed particularis* ejus contractus, qui *ab utraque parte producit obligationem,* ut patet ex exemplis *subjectis de Empt. vendit. locat. conduc. societate,* quibus oppositi alii *mutuum & stipulatio,* hoc nomine contractus negantur, & tamen verè contractus sunt in §. propria & generali nostrâ significatione, §. 2. *I. de j. n. g. & c. l. 1. §. 1. de O. & A.* (2) verba *ultrò citroque d. l. 19.* si ad consensum referas, fit illud *contra mentem JCti,* qui *ad effectum* retulit & propterea contractus strictè consideratos ad invicem opposuit; (3) secundùm istam sententiam mutuum & stipulatio propriè loquendo non sunt contractus, ceu statuit quoque Summenh. *d. l.* Equidem (4) contra mentem Ulpiani & JCtorum eâ ratione sequeretur, pacta quoque, sive nuda sive legitima, vel adjecta esse contractus. Valde itaque cæspitant hic & *Theologi Scholastici* ad unum ferè omnes, ac novissimè Johannes de Salas *de contr. t. de empt. dub. 1. n. 2.* Joan de Lugo Cardin. *de I. & I. d. 22. sect. 1. n. 1.* & Maximil. Sandæ. *in Theologia jurid. s. concionib. moralib. comment. 3. p. 16. vers. illud.* definitionem particularem ex *d. l. 19.* mutuati quidem à JCtis, sed contractui absolutè considerato & propriè tali nequicquam applicantes.

Differ. pacti & transact.

Quibus res dubia) Verùm res dubiæ aliquando terminantur & finem accipiunt etiam per pactum, *l. 18. C. de donat.* Ideòque ratio differentiæ accuratior est (1) quod transactio propriè *non sit conventio,* ut pactum, sed decisio, quæ fit per conventionem: (2) quod semper fiat aliquo *dato, vel retento, vel promisso,* quod ejus formale, *l. 38. de transact.* pactum autem regulariter sit gratuitum *l. 1. eod. t. junct. l. 6. §. 3. de his qui not. inf. l. 4. de jur. fisc.*

Idem pactum & conventio.

Ac videtur idem esse pactũ) Q. (1) *An pactũ & conventio sint synonyma?* (2) *An pactum & pactio.* (3) *an pactio & Et conventio.* prius aff. *per l. 3. & pollicit. l. 15. de præscript. verb. l. 12. l. 14. C. h. t. arg. l. 1. §. 2. & 3. ff. eod. l. 3. de usufr. 71. pro soc.* Ab hac sententia dissentiunt Duarenus & Cujacius (qui sibi in hoc non constans *in parat. h.* dicit pactum esse genus, at *l. 1. §. conventionis h. t.* ait esse speciem) *per d. §. conventionis. & l. 7. §. 7. h.* Sed resp. *in §. conventionis* nihil aliud dici, quàm quod generale sit verbum conventionis; idem verò constat de pacto *ex l. 3. de pollic. & aliis,* pacta autem conventa *in d. §. 7. h.* synonimicè denotant nuda pacta, non verò quasi generalius quid sit conventum. Verum tamen hoc est in generali significatione vocabuli pacti: nam quà specialiter significat pactum nudum, non synonimum est cum conventione, sed ejusdem species, *l. 27. C. de locat. cond.* quia vox conventionis generaliter contractus nominatos, & innominatos. *l. 7. pr. h. t.* atque pacta nuda continet, *d. l. 27.* Ad secundum

In significat. generali.

respondendum est, *proprietate verbi* invicem differre pactionem & pactum; (1) quia *sec. prin. nat.* id, quod à quo est, differt ab eo, à quo est; jam verò pactum dicitur à pactione *l. 1. §. 1. h.* (2) Eadem ratione differunt promissio & promissum, stipulatio & stipulatum, emptio & emptum; quia aliud est ipsum verbale ab eo, quod exindè fluit. At *in sensu juridico & usu juris* sunt synonyma, ut Autor fatetur *sub f. h.* dicens id probari *per l. h. §. 4. h. t.* quod rectiùs fit *ex l. 7. §. 12. h. t. l. 14. C. de usuris.* Denique *pactum & conventum* quoque idem denotant *l. 5. l. 29. C. h. t. l. 7. §. pacta conventa. §. eod. l. fin. §. 1. de pact. dotal.*

Differunt verbi propr. pactio & pactum.

Non verò usu juris.

Idem pactum & conventum.

Pactum autem propriè est jus) Ita & D. Perez. *C. h. n. 1.* Sed differentia dicta non in eo est, quasi pactio sit actus, pactum verò jus. (jus enim exindè oriens seu obligatio, & pactum ipsum *in l. 17. p. h. t.* & passim invicem opponuntur) sed quod pactio sit quidem *actus ipse,* at *pactum* denotet factum s. *negotium* pactione *perfectum,* eodem modo, quo damnum dicitur à demptione, quia aliter non contingit damnum, nisi aliquid dematur *l. 5. de damn. infect.*

Pactum non denotat jus.

Primum in genere) Latè pactum significat quascunque conventiones, etiam contractus, *l. 1. §. 2. h. t.* tum quod contractus sit conventio, *l. 7. §. 1. eod.* in primis *ex l. 15. de præs. ver. & l. 71. pro soc.* Conf. Arist. *1. Rhet. ult. v. præterea aguntur multa ex contract. & quæ sponte aguntur ex pactis sunt.*

Pactum late etiam pro contractu.

Pactum definit.) Definitionem pacti in genere *in l. 1. §. 2. h.* improbat Bachov. *& in not. h.* ait, rectiùs dici *de aliquo præstando consensionem, seu de dando vel faciendo consensionem*: Cumque hoc coincidit, si dicatur pactum *duorum vel plurium de negotio gerendo consensus, per l. 1. §. 3. h. t.* Novam etiam definitionem addit *h.* Wesenb. Verùm rationis est, ut Ulpianum potiùs defendamus. Quocum & convenire Ebræos ex Aben Esdra docet Grot. *in fl. spars. ad l. 1. h. t.* Nec officit, quod genus consensus latius pateat; Nam restringitur illud per verba *in idem placitum,* quod hic est negotium de dando vel faciendo *l. 1. §. 3. h. junct. l. 48. l. 57. de O. & A. l. 19. l. 22. de præscr. verb.* in primis per *l. 53. de judic. l. 4. de servit. l. 47. de evict. l. 20. §. si puer fam. erc. l. 17. C. de usur.* unde placitum divisionis *l. 40. h. l. 15. C. fam. erc.* placitum permutationis, *l. 3. l. 4. de rer. perm.* Nec verba *duorum vel plurium* sunt superflua, quia sæpè in definitionibus ejusmodi non perfectis quædam adduntur causâ explicationis, & differt sic pactum ab ultima voluntate & pollicitatione, *l. 3. de pollicitat.* Differentia ergò specifica est in verbis *in idem placitum*; (1) quia, qui paciscuntur, conveniunt in uno & eodem placito, *ut quid detur vel fiat d. l. 1. §. 3. h.* (2) Placitum hic, intellige, non quomodò Philosophorum placita dicimus, sed id, quod *agendum,* (*sc. principalium, act.*) *intellectu Juridico* & ratione subjectæ materiæ juxta loc. Arist. *9. Eth. 6.* Ad pacti finitionem, quæ *in 1. Rhet. ult.* respondimus *supr. 3. de legib. ad verb. ut sit honestum.*

Hoc sensu probatur def. Ulp.

Rejicitur def. Bach. & Wesenbec.

Quæ vox (nudum) epitheton) Q. *An pactum nudum dicatur distinctionis gratiâ, quod aliud sit non nudum, an verò tantùm explicationis causa?* Posteriùs statuit hic Wesenbec. & novissimè Cyprian. Reynerr. *de injust. l. 1. c. 2.* Sed priùs verum est; (1) *per l. 10. C. h. t. l. 1. C. de pact. convent. l. 15. de præscr. verb.* ubi dicitur aliud esse *nudum,* aliud *non nudum,* quod Dd. vocant *vestitũ*: (2) quia aliud (est enim divisio hæc pacti in genere) quod manet *in terminis pacti,* seu in fine placiti *l. 27. C. de locat. cond.* (unde & singulariter nudũ dicitur & opponitur aliis, *l. 7. §. 4. h.* (aliud, quod *nomen aut causã habet d. l. 7. §. 1. l. 15. de præscr. verb.* quoddã, cui *lex assistit, l. 6. h.* & adhuc aliud, quod *contractui adhæret l. 7. §. 5. & seqq. h. t.* quæ certè in terminis pacti nudi minimè subsistunt,

Pactum in gen. aliud Nudum est, aliud Non nudum.

d. l.

d.l. si tibi C. de locat. Vid. Greg. Lopez *animadv. 8. n. 12.* Nec contrariantur his rationes Autoris. *Nam* (1) *is apertè sibi contradicit, hic asserens, omne pactum esse nudum, supra verò* (*v. primum in genere h. n.*) *pactum continere contractum:* (2) *quando pacta ad agendum sunt efficacia* (*puta propria vi & ex sui naturâ, aut assistentia legis, vel cohærentiâ contractus*) *absurdè dicuntur constare nudâ æquitatis ratione. Nam licet obligationem producant propter æquitatem,* (h. e. sec. principia justitiæ) *tamen hac causa pactorum remota est, & ut jure gentium tantùm, & absolutè pacta considerantur, arg. d. l. 1. h. At quod jure Rom. quandam obligationem producant, minimè est ex nudâ æquitate, sed ex formâ, quam insuper assumunt.* (3) *Si pactum actionem parit, tum iterum absurdè dicitur nudum, quia quod nudum, dicto jure actionem non producit, l. 7. §. 4. h. quatenus ergo actionem parit, non est nudum:* (4) *nuda voluntas in cit. ll. non malè etiam non nuda voluntas opponi potest, Bach. ad Tr. h. disp. 6. th. 1. Quin hic constat textibus apertis, pactum nudum dici, quod aliud sit non nudum.*

Respondetur Wesenbecio dissentienti.

Quid pact. Vestitum s. non dudum.

Cæterum pactum vestitum definit Berengar. Ferdinandi *ad l. pacta conventa. de contr. empt. præf. 1. n. 11.* conventionem, cui concessa est à jure specifica forma. Explicatius fortè dicitur *conventio, quæ ex formâ quam à jure habet, obligationem producit ad agendum efficacem.* Forma autem illa, quam jus tribuit conventioni huic, (aliàs *fomentum, auxilium, vestimentum: arg. l. ult. ibi: ex nostra lege esse vovendam C. de pact. in t. empt.*) quotuplex sit, seu quod modis vestita, seu non nuda sint pacta, non constat inter Interpp. Referuntur de eo tres præcipuè opiniones. Primò Gloss. *in l. 7. d. §. quin imo h.* ait, pactum vestiri sex modis: *Re*, ut in mutuo & similibus, *Verbis*, stipulatione, *Literis*, contractu chirographario, *Consensu*, contractibus consensualibus, *Cohærentia contractus*, pacto adjecto, & *Rei interventu*, in contractibus innominatis. Ubi tamen adhuc addit alios duos modos, sc. cum vestitur *rei principio*, *l. 1. §. 1 de pollicit.* & *Legis auxilio*, ut in pactis legitimis. Atque prædictos sex modos Glossæ sequitur Angelus de Clavas *in sum. de cas. consc. verb. pactum*, sed quinque tantum priores approbat Molina *d. tom. 2. disp. 255.* Secundò Jason. & Bald. *h.* dicunt, *unum saltem esse vestimentum, sc. rei interventum*, quod pacto ex postpacto adjiciatur. Tertio Bart. *in d. l.* vult, vestiri pactum vel jure gentium, vel jure civili. Illo (1) nomine, quo dicit comprehendi contractus, qui celebrantur re vel consensu: (2) rei interventu, s. implemento justæ causæ, ut in innominatis: (3) Cohærentia contractus. Hoc jure (1) nomine & forma, ut in contractibus juris civilis: (2) Cohærentia contractus: (3) jurejurando, *l. si juris jurandi de oper. lib. fin. de liber. caus.* Operis initio, *d. l. 1. §. 1. de pollicit.* (5) Assistentia juris civilis, *l. 6. h. t.* quem modum tamen postea rejecit. Verùm (1) confundunt Interpp. & per hos lapsi etiam Molina, Less. Filliuc. de Lugo, sequaces, *causas* ex quibus pacta vestiuntur, & obligationem producunt *speciales*, cum *generalibus, quæ j. gent. & civ.* (2) falsa omninò est Jasonis & Baldi opinio, quia & illud dicitur vestimentum, quod quis à natura habet, & cum quo nascitur, seu commune est omnibus contractibus: (3) Nihil hic confert distinctio Bartoli inter jus gentium civile, quia loquimur de pacto in genere relato ad Remp. Rom. (4) Pollicitatio re inchoatâ referri potest ad rei interventum seu causam, *arg. l. 1. §. 1. de pollicit.* (5) juramentum jure civili per se non est modus inducendæ obligationis, *l. 7. §. 16. h. t. & 6.*) denique malè Bald. eumque secutus Molina negant, pactum vestiri assistentia legis, contra *l. 6. h. t. l. 35. §. 5. de donat. & similes.* Rectius itaque dicitur vestiri pactum dupliciter: (1) *Intrinsecè ex se, & sui natura* (2) *Extrinsecè & ex accidenti.*

Quotuplex Sec. Gl.

Sec. Angel. & Molinam

Jas. & Baldum.

Bartolum.

Quibus improbatis respondetur.

Pactum vestitur dupliciter

Primo modo vestitur, vel nomine, quod habet, vel *causa, arg. d. l. 7. §. 1. h.* Ejusmodi sunt (1) Contractus nominati, *d. l. 7. §. 1.* sive jure gentium, sive jure civili hoc vestimentum (nomen) acceperint, sive consensu, re, verbis, aut literis perficiantur. (2) Contractus innominati, quia ex æquitate synallagmatos, seu causæ interventu obligationem producunt, *d. l. 7. § 6. l. 5. §. & seqq. de præscr. verb.* Ubi notandum, quod Gloss. *in d. §. quin imo* velit, aliud esse, *rei interventu* perfici, aliud *re*, seu aliud esse vestimentum *rei interventu*, aliud *re*: quod & intendit, sed non explicat Sich. *diss. 12. aphor. 49.* Hæc dicit Gloss. differre eô, quod illud possit aliquandiu esse pactum, cui tamen postea res accedat, hoc verò statim perficiatur re. *Verùm quidem & hoc possit aliquandiu subsistere, ante quam res tradatur? loquitur enim de pacto in genere & si e. g. utriusque consensu fiat pactum de C. mutuo dandis, utique id subsistit ut pactum, antequam accedat datio. Quando autem hæc intervenit, tunc quidem pactum manet generaliter loquendo, sed propter formam dationis* (*quæ non est in illis contractibus, qui solùm rei interventu fiunt, h. e. innominatis*) *transit in contractum nominatum realem, arg. §. 1. quib. mod. re contr. oblig. Sane rei datio seu rei interventus, aut causa* (*hæc enim in legibus æquipollent*) *est & in contractibus nominatis realibus, & innominatis. Verùm in illis non res interveniens, qua talis, sed determinatus est ad certum contrahendi modum, arg. t. t. quib. mod. re contr. oblig. & propter nomen vestitus obligationem producit. In his res interveniens, seu causa, qua talis, vestit pactum ex synallagmatos æquitate, arg. l. 5. §. 1. & seqq. de præsc. verb.* Porrò ex accidenti vestitur pactum, quod adminiculum extrinsecum assumit, *arg. l. fin. ibi: ex nostra lege esse fovendum C. de pact. in tempt.* Hoc autem duplex; (1) *Assistentia legis:* per legem autem intelligimus legem specialem, sive civilem, sive prætoriam, quæ adminiculatur pacto ad producendam obligationem & actionem, *l. 6. h.* Atque exinde *pactum* hoc à vestimento suo dicitur *legitimum*, & duplex est, legitimum in specie sic dictum seu civile, & prætorium *arg. d. l. 6.* de quibus deinceps suo loco. Alterum fomentum extraneum est *Cohærentia contractus*, unde dicitur *pactum adjectum*, *d. l. 7. §. 5. h.* Et hæc de pacto vestito. Contra pactum nudum dicit Berengar. *d. c. 1. n. 6.* conventionem, quæ nullo jure formam specificam habet. Explicatius definiri potest *conventio, quæ in nudo placito sine consistit, arg. l. si tibi C. de locat. cond.* Nudum autem placitum dicitur in genere, cum deest forma producendæ obligationis, *arg. l. 7. §. 4. h. h. e.* vestimentum, sive illud sit naturale, sive extrinsecum Bart. *in l. 7. §. igitur & §. quin imo h. t.* dicit, nudum esse pactum, quod stat in puris terminis conventionis. Bald. *in d. §. igitur.* quod nullo legis auxilio juvatur, scilicet producendæ obligationis; quæ cum prædictis coincidunt.

1. Intrinsecè per nomē.

& causam, s. rei interventū aut vestimentum ...

Quæ differunt. sec. Gl. & auth. Quod rejicitur.

2. Extrinsecè Per assistentiam legis.

Pactum Nudum s. non vestitum quid.

Hoc in significatu) Verùm (1) hæc definitio Wes. est *non pacti in specie sic dicti*, ut contractibus opponitur (cujus significationem specialem separatam à contr. nom. & innom. paulo ante præmiserat) sed potius pacti *nudi*, sc. h. e. *ab omni omnino fomento*, nam hoc demum dicitur actionem non producere, *l. 7. §. 4. h.* (2) & aliàs vitiosa est; quia stipulationi & mutuo (utpote mutuam obligationis causam non habentibus) competit, quæ tamen non pacta sunt in specie sic dicta, sed contractus, actionem producentes (3) pactum in specie vocatur non solum nudum ab omni adminiculo, *d. §. 4.* sed accidentale, ut pactum legitimum, & adjectum *d. l. 7. §. 4.* Rectius itaque pactum in specie sumptum, & ex mente Autoris est, *conventio, quæ*

Examinatur definitio pacti Wesenbeciana in specie sic dicti, ut contractibus nom. & opponitur.

Pactum in spec. sic dictum quid.

quæ caret nomine & causa, h.e. quæ in placito est, quod est extra nomen vel causam consistit *arg. d. l. 7. §. 1.* Pacta enim nomen vel causam habentia, statim ex se & natura sua, pacti (generalis) nomine in legibus rarissimè appellantur, sed ex formâ (unde esse suum, id eoque & denominationem sortiuntur) dicuntur contractus *d. §. l. 1. & 2. h.* In specie verò pacta dicuntur reliquæ conventiones, sivè non producant obligationem, ut pactum nudum, (κατ' ἐξοχὴν tale) *d. l. 7. §. 4. h.* sive producant ex adminiculo aliquo sed non naturali, verum extrinseco, utpote legis, ut pacta legitima *l. 6. h.* aut cohærentiæ contractus, ut pacta adjecta, *d. 7. §. 5. & seqq. h.* Ex his patet, (1) accuratè in hac materia distinguendum esse inter pactum in specie sic dictum & pactum nudum (2) pactum nudum dici vel *latè*, quod caret omni fomento: vel *strictè*, quod non habet vestimentum naturale; indeque omne quidem pactum nudum etiam est pactum in specie sic dictum, sed non omne pactum in specie sic dictum est nudum, sed quoddam vestitum, fomento tamen accidentali. Et hinc rectè monet Gregor. Lopez. *1. animadv. 8. n. 12.* cavendum esse à Cujacio, qui *in l. 1. h. t.* omne pactum nudum appellat, contra *l. 6. h. t. junct. l. 10. C. eod.* Add. Emund. Merill. *1. obs. 39.* Cæterum illud hic summopere notandum; quod omnis hæc de pacto nudo & vestito disputatio sit intricata ex jur. positivo sit, Romanorum; jure enim nat. & gent. omnia pacta cum obligationem producant, ut infra dicemus, omnia sunt non nuda, nulla non vestita. Nec obficit *l. 7. pr. h.* ubi dicitur, quod quædam jur. gent. conventiones producant exceptiones. Quia verum hoc in & de Rep. Rom. ceu addit & exponit Paulus *2. sent. 14.* Græci enim & alii vel nudo solo promissiones firmabant.

Quale etiam pactum & legit. & adjectū.

Aliud ab his pactū nudum.

Quid dicatur dupl

Jur. nat. & gent. omnia pacta sunt vestita.

N. II. *Pactum Pollicitatione*) Quatuor hic pactorum propria recenset. Sed pollicitatio in specie sumpta differt à pacto, in specie dicto verius in hoc, quod hoc sit conventio, illa saltem unius promissum, *l. 3. de pollicit.* Deinde quod ait, pactum tantum fieri alteri præsenti & acceptanti, non est universaliter verum, quia quoddam pactum potest fieri absenti *l. 2. h.* Pactum enim in specie sumptum, aliud est obligatorium, aliud liberatorium, *l. 47. de O. & A. l. 5. 3. h. l. 6.* & illud, quo alter se alteri ad dandum vel faciendum adstringit, hoc quo alter alteri debitum remittit. De illo verum est, quod dicit Wesenb. fieri non nisi altero acceptante, non de hoc. Quod in commodis & favorabilibus, & tacens, & absens pro consentiente habeatur. Conf. *not. infr. ad fin. n. 7. verb. nam ubi de obligat. h. t.*

Differentia vera pact. & pollicit.

Super re certa & gratuita) Et hoc tantùm regulariter obtinet, quia pactum interdum est de re incerta & dubia, *l. 18. C. de donat.* imò & quandoque fit pretio justo, *l. 6. §. 3. de his qui not. infam.* Neque semper est gratuitum, cum quoddam sit obligatorium. Vid. *not. suprà ad n. 2.* Cæterum dissentit & in hoc Wesenb. putans cum Andrea ab Exea, pacta in specie sic dicta, sui natura esse gratuita, & consentientem habet Bachov. *in not.* Verùm vel considerantur pacta, ut sunt in fieri, in aptitudine & potentia; vel ut sunt in esse jam producta. Et neutro casu hoc verum videtur. Cum enim pacta in esse jam producta & perfecta, alia sint obligatoria, alia liberatoria, quidni etiam pactum, ut est in fieri & potentia sua, partim sit gratuitum: quia æquè se habet natura pactorum ad id, ut gratis non fiat, quàm ad id, ut fiat gratis, & ex actu potentia æstimari solet, sicut ex effectu causa. Ideoque sentio, esse pactorum hanc naturam, quod vel natura gratuitò possint fieri, ut liberatoria, vel non gratuitò, ut obligatoria, *per d. l. 47. de O. & A. l. 1. §. 3. l. 6. h. t.*

Pactum non est semper de re certa.

Nec etiā in specie sic dictū, sui natura est gratuitum

Respondetur Bach. dissentienti.

Nec ulla ratio suadet, quare cum Bachov. dicamus, per accidens esse, quod aliquando ex altera parte in pactis quid interveniat, ut in casu *l. 28. §. fin. h. t. junct. l. 28. de transact. l. 6. §. 3. de his qui not. infam.*

Non in personam, sed in rem) Tertium hoc proprium pertinet ad pactum liberatorium. Nam hoc vel in rem est, vel in personam, regulariter autem in dubio pacta potius in rem, quàm in personam præsumuntur, *l. 9. de probat.* Ubi notari potest, personale, aut in personam dici dupliciter (1) Quod cum persona q. commoritur, quemadmodum ususfructus est personalis. (2) Quod personam adstringit, ita tamen, ut & heredem obliget, quemadmodum obligatio dicitur jus personale, & actio personalis, *§. 1. de action. junct. pr. de oblig.* Ita & Reale, aut in rem dicitur dupliciter (1) quod generaliter fit, & propterea etiam ad hæredes transmittitur, & rem quasi concomitatur (2) In tractatu juris in re, quod rem ipsam divincit. Hic pacta in personam & in rem dicuntur primâ significatione *l. uls. h. l. 7. §. 8. eod.* Nam in secundo omnia pacta personalia sunt, nulla realia.

Personale & Reale dicitur tantum pact. liberatorium.

Personale ambiguū.

Ut & Reale.

Stricti juris) Intellige quartum hoc proprium ut præcedentia, tantum de pacto in specie. Quod tamen Author malè computat cum reliquis, ut ait, contractibus innominatis, quia hi pactum hoc significatu speciali satis absurde dicuntur. Inconsiderate etiam loquitur hic Noster, dum, quod de pactis adjectis asseverat, sc. illa sequi naturam contractuum, quibus adjiciuntur, affirmat etiam de contractibus, qui aliis contractibus adjiciuntur. Manifestò enim id absurdum est, exemplo pignoris & stipulationis. Neque verum quod habet Gloss. *in l. 6. C. h. & l. 7. §. quinimò ff. h. t.* pacta licet adjecta bonæ fidei contractibus, stricti juris esse & manere, quod producant actionem præscriptis verbis, *l. 10. §. 7. Si quis caution.* Nihil enim *in d. l.* de actione præscriptis verbis, & præterea falsum esse hoc fundamentum, infra demonstrabimus.

Pacta in spec. sunt stricti jur.

Adjecta sequuntur naturam contractus, Secus in contractib. adjectis, contra Wesenb.

N. IV. *Ulpian. in l. 5. h. t.*) Conventio hic à Wesenb. (1) dividitur in publicam & privatam; & hæc ipsa vel juris gentium est, vel legitima. Juris gent. vel nominata vel innominata: quarum hæc duplex, quæ vel causam habet, seu synallagma; & dicitur contractus innominatus, vel in nuda æquitate conventionis consistit, & est pactum nudum. Verùm his contrariari videtur Ulpianus *in d. l. 5.* ubi ait: conventionum tres esse species *ex causa publica, legitimam & juris gent.* Resp. omnium conventionum summa divisio est, quod vel ex publica causa fiant, vel ex privata. Utraque quidem ex jure gentium est, & ex jure civili, ut hactenus rectè docet Rævard. *4. variar. c. 1.* Sed cum inter privatas conventiones jure gentium & civili maxima sit differentia, ut ex seqq. satis patet, JCtus *in d. l.* rejecto illo primo divisionis membro, (pacti publici) de quo ipsi agere non fuit propositum, secundum (pacti privati) statim subdividit in juris gentium, & legitimum, fecitque ex divisione (cujus unum membrum omiserat) & subdivisione altera, unicam divisionem. Et hac ratione (quando ita permiscetur divisio cum subdivisione) tres sunt conventionis species, *publica sc. juris gentium, & legitima*; Sicque potius interpretandus est JCtus cum Gregor. Lopez. *1. animadv. 7.* quàm cum Rævardo *d. l.* textus immutandus.

Conventio publica & privata.

Explicatur l. 5. t. h. de conventionis divisione

Legitima conventio est) Conventio vel pactum legitimum dicitur Wesenbecio, quod lege aliqua civili confirmatur. Verum ea ratione (1) omnes contractus (utpote à jure civili approbati, seu confirmati ut rectè h. Bachov.) forent juris civilis. (2). agitur his tantum de pacto in specie sic dicto, ut appareret

Quid pactum legitimum. Rejicitur Wesenb.

l.6.h. Rectius itaque hic dicitur: legitimum strictius, & non quatenus denotat illud, quod lege est approbatum. Quomodo legitimum pactum *quod à lege spec. confirmatur ad inducendam, vel tollendam actionem d.l.6.*

Aliud liberatoriũ.

Sumunt enim ejusmodi pacta suam potestatem à lege, cujus est proprium dare actionem. Hincque rectè ait Duar. *ad d. l.* exinde sic dici pactum legitimum, quod lex conventioni nudæ (h. e. pacto in specie sumpto) adsistat, eique tribuat efficaciam civilis obligationis. Hujusmodi autem pacta sunt vel liberatoria, vel obligatoria. Illius exempla sunt acceptilatio, novatio, item pactum, quo remittitur, injuria, aut furtum, *l.11.§.1.l.17.§.6.de injur.l.17.§.1.l.27.§.2 verb.sed si §.4.l.7.§.14.h.t.* Quo refert. Bachov. *in prot.h.t.p.578.n.10.* quoque, sed malè, pactum commissorium, & in diem addictionis; quia illa adjecta pacta sunt, non legitima, *per l.1. & 2. de in diem addict. l.1. de leg. commiss.*

Aliud obligatoriũ. Hoc vel legitim. in specie vel Prætoriũ.

Pacta legitima obligatoria sunt iterum duplicia, legitima sc. in specie sic dicta, quibus lex civilis, SCtum, aut constitutio adsistit. Et Prætoria, quibus edictum Prætoris. Legitima duo sunt (1) Pactum donationis, *l.35.§.5. C. de donat.* & pactum dotis, *l.6. C. de dot. promiss.* Prætoria itidem duo (1) Pactum hypothecæ, *l.1. de pign. act. junct. arg. l.17.§.2. h.t.* (2) Pactum constituti *l.1. de const. pecun.* Confer. Bachov. *in prot. p.577.* ubi contraria refutat. Illud hic quæri solet: *An contractus inter pacta legitima referantur?*

Q. an contractus inter pacta legitima. Neg.

Quod rectè negatur (1) quia illa conventio, quæ habet nomen vel causam, non dicitur pactum in specie, sed contractus, *l.7.§.2. & 3.h.* (2) formâ differunt, quæ in contractibus est nomen vel causa, in hisce pactis sola legis assistentia, *d.l.6. junct. l.7.§.1. & 2.h.* (3) quia τὸ legitimum *d.l.6.* solummodo prædicatur de pactu in specie sic dicto, *ibi: & ideo interdum ex pacto.* Quod ob solam assistentiam, quam à lege accipit, producit obligationem, & passim hæc pacta & contractus ad invicem opponuntur.

Q. de cõtr. jur. civil.

Verùm major dubitandi ratio est *in contractibus juris civilis*, qui cum ad conventiones juris gentium nequeant referri, videntur omninò pertinere ad conventiones legitimas. Sed Resp. quod per legitimam conventionem *d. l.6. strictè tantùm intelliguntur pacta in specie, quæ à lege confirmata ad obligationem producendam: Cum autem stipulatio, & literarum obligatio, non sint talia pacta sed contractus, §. ult. de obligat. Ergo nec ejusmodi prædicatum admittunt.*

Hi nec sunt Pacta jur. gent. nec jur. civil. legitima.

Exinde absurdum non est dicere, contractus civiles planè sub nullo membrorum (sc. pactorum juris gentium & civilis legitimis) contineri, quamvis illud in medio relinquat Bachov. *in prot. pag.575.n.4. Quia nec mens JCtorum fuit, sub dictis pactorum speciebus contineri contractus juris civilis: Et sufficit quod alias habeant formale contractuum, sc. singularem* contrahendi modum. Neque verò his contrariatur. *§.9. I. de act. §.1. de V.O. t.t. de lit. obligat.* quia ex his saltem patet, quod jure civili obligationem producant, vel juris civilis sint prædicti contractus, quod verum est, si vocabulum civilis vel legitimi accipiatur latius. *Hoc enim modo (legitimo) sumpto pro eo quod jure civili introductum vel confirmatum, utique contractus & juris gentium, & juris civilis pacta legitima appellari possunt. Sed hac ratione τὸ legitimũ sec. d.l.6.h. & l.7. de l. & l. hic non consideratur.*

Recta divisio conventionũ jur. gent. ex Ulp. in l.7.h.t.

Hæ rursus dividuntur) Non rectè. Secundum Ulp. *in l.7.* ita meliùs fit subdivisio: juris gentium conventiones quædam pariunt actiones, quædam exceptiones. Illæ sunt contractus, qui vel nomen habent, vel causam, *§.1. & 2.* Hæ verò nuda pacta, *d.l.7.§.4.* Hæc tamen divisio contractuum non est, ut putat hic Bach. *ab accidente, sed à forma, (revelatvè sc. ad certum populum quâ Romani juris gent. conventiones in foro suo recipientes eas à reliquis distinxerunt) quia & per hoc sunt ipsi contractus id quod sunt, & si esset hoc accidens, enim in alio ipsorum essentia consisteret, quod tamen dari non potest, nec ipse potuit Bach. demonstrare. cen supr. notatum. Quamvis si absolutè contractum consideres, hoc fortè verum sit, & difficile inventu, in quo specificè gent. jure differat contractus à reliquis conventionibus.* Unde *& difficilis ejus definitio. (Quod n.* Grot. *de 1.b & p.2. c.12.n.7. dicit, contractuum nomine venire actus alios utiles extra merè beneficos, puta donationem, & à posteriori & sanè per est obscurum.* Ipse etiam sibi diversus est *in fl. sp. ad l.17.v.3. & de satisf. Christi p.40.s.2. dicens esse effectum (actum) facultatis in se & sua natura.* Videtur id etiam juri in re conveniens.)

Divisio contr. in nom. & innom. est à formâ contra Bach. Secus jur. gent. Definitiones contr. Grotii diversæ.

Cæterum nec contractus, seu nominati, seu innominati, à Wes. propriè dicuntur conventiones nominata, & innominata, quamvis idem asserat hic Bachov quia cum certam habeant ex natura sua formam, ex illa Contractus sunt appellandi, & ex genere (pacti) eximendi. Unde etiam pactorum nomine in legibus non nisi rarissimè veniunt, speciei enim natura est, quod addat generi.

Rejicitur divisio Wesenb. & Bach. conventionum in nom & innominatas.

Innominatæ conventiones rursus duplices) Verùm & hoc loco rectius dixisset A. (quamvis ei & hic adstipuletur Bachov.) quasdam esse conventiones, quæ causam tantùm habent, & dicuntur contractus innominati, quasdam verò, quæ nudæ conventiones, sivè pacta nuda. Quia enim (1) *nomen habere vel non habere, prædicatur proximè & propriè non nisi de contractibus, l.7.§.1. & 2.h.l.1.§.fin. eod. l.1.§ 2. de rer. permut.* Ideoque malè tribuitur *nudæ pactioni, quæ per se nec est apta nata, ejusmodi causam (unde contractus dicitur innominatus) recipiendi.* (2) *Innominata conventio hic non dicenda in genere, quæ non habet nomen contractus; quia tunc etiam pacta legitima conventionis essent innominata (cum & hæc nomen haud habeant) quod tamen Autor non vult, dum sic tantùm appellitat nuda pacta. Sed conventio innominata hic est, (non merè negativè) quæ etsi nomen non habeat, habet tamen causam, expr. text in d.l.7.§.1. ibi. Sed etsi in alium h.t. quæ pacta nuda destituuntur. Porrò* (3) *Synonima non sunt conventio innominat. & pactum, seu nuda pactio; quia nudum esse latius est, quam innominatum: Unde de pacto in specie, & quæ contractibus opponitur, prædicari potest, esse nudum, l.10. C.h.t. de eodem v. non potest dici esse innominatum; cum innominatum (h. e. causam habere) ut & nominatum positivè prædicetur nunquam de illa pactionis specie, quæ nuda dicitur, sed de illa, quæ venit nomine contractus.* Et ex eodem Autoris fundamentu fluit, quod Bachov. *in notis hic* opinatur, in contractibus realibus & stipulatione esse, quod nuditati opponatur: Res sc. & verba: in consensualibus verò vix quicquam apponere, quô distinguuntur à pactis nudis, (sc. cum consensu solo perficiuntur, ut nuda pacta *l.27. C. de locat. conduct.*) Verùm & in his quod nuditati opponantur, satis existit, *Nomen* sc. sive *forma contrahendi specialis*, cum consensus in istis non stet in fine placiti, & in nudo pacto, sed sit determinatus ad certam speciem & modum. Jung. Jas. *in d.l.7.h.*

Quomodo contr. consensuales sint pacta non nuda, cõtra Bach.

Multò magis autem cavendum hic est à Besoldo, qui *in Delibat. jur. h.t.n.14. in fin.* putat, pacta nuda, ante dationem, esse contractus innominatos. Et tamen *n.11.* ait, in contractibus innominatis, antequam subsit causa (h. e. priusquam alteruter contrahentium contractum datione vel facto adimplet) omninò nec obligationem, nec actionem dici posse; quod certè quid aliud est, quam apertissimam involvere contradictionem? *Video quidem Besoldum & alios niti fundamento, l.7.§.4 h.t. quod tale dicunt: Quæcunque conventio*

Pacta nuda ante implementum non sunt contra innominati, contra Besoldum.

ventio

ventio nullam habet causam, illa est conventio innominata. Vel: Quæcunque conventio nuda est, illa est innominata. Sed utraque propositio falsa est. Et prima sic invertenda: Quæcunque conventio habet causam, illa est innominata (rectius) contractus innominatus, per l.7.§.1. & 2.h.t.junct.l.1.de præscr.verb. ubi nomen habere, & causam habere, opponuntur. Ergo ubi causa, ibi non est nomen, adeoque conventio dicitur innominata. Secunda eadem ratione absurda est. Nam nuda quæ est conventio, nuda est tum à nomine & à causa: innominata verò causam habet. Ergo quæ nuda est, non potest dici innominata.

Tacitum ambiguè dicitur.

In expressa & tacita) Ubi tamen oppidò notandum, quod tacitum quid dicatur dupliciter. (1) Quod opponitur *illi quod verbis, vel literis expressum*, & in specie dicitur tacitum, item præsumptum (2) Quod opponitur *vero* & dicitur fictum: Illud est signum s. modus declarandi voluntatem ab homine procedentem, ex facto ejus vel non facto: Hoc factum legis voluntatem s. consensum inducentis. Ita in mandato, societate, locatione, alius est expressus, alius tacitus consensus, *l.18. Mandat.* At in quasi contractibus, & illis casibus, quibus aliàs lege inducitur tacita conventio, non est consensus verus, sed fictus, Præsumitur tamen & hic dicitur, quatenus à lege fingendo præsumitur. Exempla pacti taciti plurima sunt (1) *Redditio chirographi l.2.h.t.* propter rationem *l.59.de legat.3. & l.14.C de solut.* Non verò redditio pignoris, *per l.9.C. de remiss.pign.l.6.§.fin.de precar.* (2) *Invectio, illatorum in conductum prædium urbanum* (quâ inducitur tacitum pignus) *l.4.h.* (3) *in fructib.præd.rustici, l.3.C. in quib.caus.pign.l.7.ff. eod.* qui loco taciti pignoris, quorum nomine etiam veniunt animalia, ibi nata *l.8. l.18.de usur.* (4) *Promissio dotis*, purè facta ante nuptias, *l.4.§.2.h.l.21.de jur.dot.* (5) Quando quis *in futurum tempus usuras accepit, l.57.h.t.* (6) *inutilis acceptilatio habet* vim taciti pacti, propter consensum, *l.27.§.pen.h.* (7) Cum quis *minores usuras pro majoribus*, quàm debebat, per multos annos præstitit, *l.13. de usur.l.5.C. eod.* (8) In *casu l.8.C.eod.tit.* (9) qui *longo tempore usuras non petiit*, tacitè præteritas remisisse censendus est *l.17. §.1.de usur.* Exempla contractuum tacitorum supra indicavimus. Neque enim hic consensus semper formalis requiritur sed sufficit virtualis. Add. Mant. *d.l.5.n.45. & ult.*

Exempla pacti taciti.

Divisio pacti in personam & in rem ab effectu. Quid hic in rem.

Secundo à materia) Sed non est à materia, verùm ab effectu, *Consf.not.ad n.3.verb.non in personam h. Est enim hæc divisio pactorum in personam & in rem, subdivisio pacti de non petendo, seu liberatorii, quo alter alteri remittit debitum, l.40.h.t.* In rem quando quis generaliter paciscitur, ne debitum petatur, quod prodest omnibus, quorum interest, obligationem dissolutam esse, *l.fin.h.* In personam, quando paciscentes certam nominant, & determinant personam, ne ab ea petatur. Et hoc *non producitur ad hæredem* regulariter *l.15. §.1. h.t.* Excipe (1) nisi persona *demonstrandi causâ* adjecta, *l.7.§.8.h.* (2) *Casus sit dubius*; quod quilibet liberando etiam hæredibus suis consulere voluisse præsumatur, *l.9.de probat.l.8.§.1.quib.mod.pign. vel hypothec.* De eodem etiam Q. *an transferatur ad alios adhuc, & iis prosit?* Non abs re est distinctio Bartoli, pactum personale aliud esse simpliciter tale aliud secundum quid; illud personam planè non egredi, hoc autem egredi quidem, sed tantum ad successorem particularem. Et hactenus rectè Wesenb. restringit *l.17.§.5.h.* ad personale secundum quid tale, & conciliat cum *l.25.§.1. eod.* Sunt autem juxta Gloss. *in l.7.§.8.h.* quatuor, quibus prodest, emtor, Donatarius, Pater, dominus, *l.21.pr.h.t.junct.d.l.17.§.5.eod.*

Quid in personâ.

Non transit in hæredem.

Quandoque tamē & aliis prodest.

Q. an pactum ju-

Tertio à forma) Ita & Forster. *de pact.c.8. n.16.* Sed (1) *judicium aut alius locus extra illud nihil facit ad pacti essentiam* (2) *si generaliter sumatur vocabulum pacti, falsum est, extra judicialia pacta non parere actionem, cum extra judicium contractus totâ die celebrentur, ex arbitrio contrahentium, arg.l.1.h.* Et si fortè ex statuto quidam contractus, e.g. emtiones, pignorationes, transactiones, pacta dotalia &c. fiant coram judice & autoritate judiciali. Id tamen, utilitatis publicæ causâ ex principiis cautionalibus inductum propter periculum, fraudem, & ne privati rerum suarum nimis prodigi existant, facit potiùs ad majorem rei confirmationem & solennitatem. *Nisi adjunctam habeat clausulam irriti.* Quale statutum in hoc oppido Helmstadii, & aliis, imprimis in pagis & præfecturis III. Ducatus Wolferbyt. obtinet ex const. Frid. Ulrici, excelsæ memoriæ Principis, de anno 1620. verbis: Ehestifftung/ Kauffbrieffe/ Theilungs recesse, und verträge / sollen von keinem Pfarherrn/oder Schuldiener/sondern auff dem Dorffe von den Beampten auffgesetzet und verfertiget werden/dergestalt/ daß sie entweder vor demselben auffgerichtet und beschlossen / oder doch sobald die von den Parthenen beliebet/und beehädiget/daß sie den Beampten sollen offenbahret/ und den Ambtsbüchern gegen billige gebühr einverleibet werden. Cum hac Clausula irriti, daß Andergestalt auff dem Lande unter Bauersleuten verfertigte Ehestifftung oder Verträge etc. sollen unkräfftig seyn / und darauff weder von unserm Hoffgerichte/Rahtstuben/noch Juristen Facultet nicht erkant werden. *De qua clausula, quod ipsos contractus irritos reddat & infectos, vide Card.de Lugo. de I. & I. disp.22. sect.10.n.252.* Exemplum aliud est in Guarand. jur. Sax. und der Anlobung an den Rechterlichen Stab/ *Cæterùm* (3) *Si specialiter, sumas vocabulum pacti pro nudo, verum quidem est, pacta extrajudicialia non parere actionem, sed causa non est, quod non facta sint in judicio, verùm quod subsistant in finibus meræ conventionis l.7. §.4.h.* (4) *Quoad judicialia pacta, distinguendum inter ipsum negotium, de quo lis est, & inter alia, quæ fiunt in judicio: Lite contestata, quasi contrahitur, & lata sententia (præter naturam actionem) datur actio rei judicatæ, arg.tit.l.3.§.11. de pecul, Reliqua quæ in judicio fiunt pacta, si contractus sunt, e.g. fidejussiones, efficacia quidem sunt, sed ex se ipsis, arg. auth. generaliter. C.de Episc. & cleric. l.17. de in jus voc. Si verò pacta nuda, non pariunt actionem jure civili, l.28.C.de transact.l.12.C.h.quia judicium inter vestimenta pactorum nullibi refertur.* Nec officit *l.40.§.1.h. Resp. ibi obligatur quis non ex pacto, sed ex confessione, ut & in l.38.de jurejur. Auth. principales §.5.C. de juram. prope. calumn. dand. Quod adeò verum, ut etiam confessio judicialis sine causa obliget & probet, externa ratione propter judicis autoritatem; pactum verò obligatorium sine causa non item.* Cæterùm ex eadem ratione confirmati à judice contractus (sive etiam ultimæ voluntates) tantùm roboris accipiunt, ut dolus ab alterutra partium, vel læsio ultrà dimidium justi pretii, ad rescindendum contractum, allegari nequeat; & sic cesset beneficium *l.2. C.de rescind. vend.* item exceptio nullitatis. Vid. eleganter hæc exponentem, Gail. *2.O.1. n. 9.10. & seqq.*

diciale jure civ. pariat actionem? Neg. contra Wes.

Aliquando ex statuto requiritur judic. confirmatio & solennitas.

Quæ vis sit; confirmatorum contract.

N. V. *Quæ causa cum fuerit erronea)* Pactum fit per consensum; *Ubicunque ergo deficit consensus, ibi & pactum nullum est.* Dependent hæc ex principiis humanarum actionum, quorum potissima sunt *Potestas & Voluntas.* Potestas paciscendi vel naturalis est, vel civilis, prout natura vel lege paciscendi est facultas vel non est. Unde familiare JCtis quod dicunt, pacisci, contrahere &c. potest. *qui natura vel lege non est prohibitus.* Volontas hic duorum esse debet, & tunc dicitur Consensus, *l.1.h.* Principia autem hujus sunt facultas intelligibilis scil. cognoscitiva, & Appetitus. Et hic adeoque & consensus declaratur per signa externa,

Deficie consensu vel ratione pacti.

terna, quæ expressum consensum eliciunt, verba, literas, nutum, facta (sub quibus & non facta, l. 17. §. 1. d. usf. atque nuncios. Consentire ergò adeòque & paciscí potest homo facultate cognoscendi & appetendi præditus. Non consentitur autem vel (1) ubi aliquid accidit facultati cognoscendi contrarium (ut sunt nescientia, ignorantia, error, dolus.) aut Appetitui, ut vis, metus, simulatio, dubitatio. Vel (2) ubi prior consensus resolvitur, per consensum contrarium; tit. C. quand. lic. ab empt. rec. Cæterum hac ratione pertinet huc quod deficit consensus vel ratione pacti, vel ratione personarum paciscentium. Illo modo, si causa pacti sit nulla, vel sit erronea: Ubi tamen distinguendum inter pacta obligatoria & liberatoria. Illa ob errorem intervenientem, aut causam nullam, non valent, arg. d. 15 de jurisd. l. 2. §. 3. de dol. mal. & met. except. nec peti ex iis potest, nec libellos formari, weil keine causa debendi zu finden/ neque etiam ex ejusmodi pacto donatio præsumitur, nisi constet de animo donandi, l. 24. de donat. l. 47. de oper. liber. c. si cautio de fid. instrum. Hæc etiam sine causa subsistunt. l. 40. ubi DD. h. t.

Vel ratione personarum paciscentium.

Altero modo nulla est conventio, ex defectu personarum paciscentium. Huc pertinet quod agitur hic de furiosis & infantibus, qui nequeunt pacisci ob defectum facultatis intelligibilis, seu intellectus. Furiosum hic intelligimus, quâ talem, unde secus in eo, qui dilucida furoris intervalla habet, qui tempore intermissionis quoslibet contractus rectè celebrat, l. 12. §. 2. l. 39. de judic. l. pen. C. de curat. furios. Æquitate tamen suadente furiosus aliquando fingitur consentire, ut l. 2. §. 2. solut. matr. pr. l. de nupt. l. 25. C. eod. l. 28. C. de Episcop. audient. Eadem ratione adstringitur in obligationibus ex re descendentibus l. 3. §. 5. de negot. gest. junct. l. 24. l. 46. de O. & A quo & referenda l. 35. de fidejuss. vel ad eum furiosum, qui fidejussor est factus ante furorem, restringenda.

Furiosus ut obligetur aliquando ex pactis.

Muti & surdi) Meret hic Wesenb. censuram Bachovius in not. tum quia quæ nutu & magis subscriptione fiunt, non sunt tacita pacta sed expressa, ut s. dictum; tum quod eo modo pacisci tantùm possint ex accidenti tales, non qui naturâ.

Muti & surdi ut huc pertineant.

Impuberes) Q. An pupillus sine tutoris autoritate paciscí possit, & paciscendo obligetur? Primum distinguendum est inter pupillos, infantes, infantia proximos, & pubertate proximos §. 9. de inutil. stipul. Infantes sunt usque ad ann. septimum completum, l. 18. pr. C. de jur. deliber. Infantiæ proximi masculi quidem post initium anni septimi ad completum decimum cum dimidio. Fœminæ post annum septimum ad nonum & decimi dimidium. Pubertati proximi à priori tempore in masculis ad annum 14. in fœminis usque ad annum 12. Accurs. in d. §. 1. 9. Molin. de I. & I. tom. 1. disp. 167. Quamvis Doctores alii hoc committant arbitrio judicis. De pupillis infantibus hic nulla quæstio, nec simpliciter de infantia proximis, ob defectum intellectus, (scil. quod ille tunc non sit in actu) d. §. 9. sed de proximo pubertati. Secundò disting. inter oblig. natur. & civilem. Naturaliter (h. e. jure gentium l. 84. §. 1. de R. I. & in conscientia) obligatur hic pupillus, sive sit locupletior factus, sive non, ex veriori Nostrorum, etiam Molinæ, Lessii & Sanchez. doctrinâ, quam sequitur noviss. Card. de Lugo disp. 221. sect. 10. n. 288. & seqq. quia consensu, per quem quis adstringitur, quemque pupillus habet, est ex jure naturali, 2. in genere dicitur pupillus naturaliter obligari, l. 1. de novat. 3. de eo, qui non est factus locupletior, ad probat l. 25. §. 4. quando dies legat. l. 127. de V. Obl. Attamen verum hoc est saltim quoad actum primum & quoad personam pupilli. Ideoque is naturaliter effectivè, ut & civiliter, (h. e. ut persona eius obligatio noceat, & efficaciter teneatur implere vel stare contractui, non obligatur, l. 59. de O. & A. & solutum potest repetere, l. 41. de condict. indeb. lege positivâ obligationem ob ætatem infirmam irritam reddente, dd. ll. Deindè fallit hoc in alia persona interveniente, ut in fidejussore, l. 127. de V. O. l. 95. §. 4. de solut. l. fin. de jurejur. l. 25. de fide. l. 46. de O. & A. l. 33. pro soc. expromissore, constituente, pignora dante, quia in his cessat ratio favoris & privilegii. Unde hæ personæ etiam efficaciter obligantur. Tertiò limitatur quoad eum, qui cum pupillo contraxit, qui obligatur ex suo latere, favore pupillorum, legis beneficio, contra strictam juris rationem. pr. de auth. tut. Quod & verum in proximo infantiæ d. §. 9. v. sed in proximis. secus ac in infante ipso eod. §. Quartò exceptio est, si pubertati proximus dolo quid committat, l. 1. §. 15. depos. l. 23. de furt. si ex re actio sit, l. 16. de O. & A. si factus sit locupletior: vid. Gotofr. in l. 1. §. 15. depos. l. 66. in f. de sol. l. 3. pr. comm. Sed Q. an ultimo casu conveniri possit civiliter, an verò ob naturalem obligationem actione dativâ, ex rescripto D. Pii. Posterius affirmamus 1. per d. l. 95. §. 4. de solut. 2. quia dicitur dari hæc actio, non nasci l. 3. commodat. l. 66. de solut. l. 1. §. 15. depos. 3. quia immediatè est ex (lege) rescripto D. Pii, d. l. 5. de autor. tutor. propter æquitatem, seu obligationem naturalem d. l. 3. commod. non verò ex facto externo & instit. comm. unde alias descendere solet actio nativa, Diss. Dd. variè. Novissimè Emund. Merill. in variant. ex Cujac. 20. putat in hac quæstione non constitisse inter JCtos veteres. Pupillum pubertati proximum naturaliter obligari potuisse. secundùm Sabinianos, non verò secundùm Proculeanos. Secundum omnes pupillum cujusvis ætatis locupletiorem factum naturaliter obligari, etiam ante rescriptum D. Pii, post illud etiam civiliter. Verùm 1. non facilè ad ejusmodi conciliationem deveniendum est, cum Justinianus omnia sua fecerit, nec referat hic sententias JCtorum, l. 2. §. 10. C. de veter. jur. en. 2. Non hic quæstio est de pupillo cujusvis ætatis, sed de eo, qui propter consensum, quem habet, obligari potest, arg. d. § 9. de inutil. stipul. ideoque quod etiam infans locupletior factus teneatur, huc non pertinet, quod ejus causa non sit obligatio ex consensu, sed illa ratio naturalis, ne quis cum damno & injuria alterius contra princip. moralia locupletetur, l. 14. de condict. indeb. l. 27. §. Proculus de instit. act. 3. Et locupletior factus naturaliter haud obligabatur, actu s. secundo. 4. Nulla ratio est, quare dicamus, pupillum post rescriptum D. Pii, non modò naturaliter obligari, sed & civiliter. Nec enim Imperator novam constituit, sed relictam jure naturali pupilli obligationem ad agendum rescripto suo reddidit efficacem, arg. l. 10. de O. & A. l. 16. §. 7. de fidejuss.

Pupillus an pacisci possit.

Aff. de proximo pubertati.

Qui obligatur naturaliter.

Et jure Rom. solum quoad actum primum, non v. & quoad actum sec. & civ.

Prodigi) Hi intelliguntur juridicè tales, ad effectum interdicendæ administrationis bonorum, ut nihil agere vel contrahere possint, l. 1. de curat. furios. Ad quod requiritur 1. Constitutio, ex corruptis moribus, d. l. 1. 2. Declaratio, quæ fit à Magistratu post diligentem cognitionem dato curatore, d. l. 1. & l. 6. 3. Interdictio l. 10. eod. Pacisci autem hic prodigus nequit, non quidem ob defectum facultatis intelligibilis, sed voluntatis & vitium animi, Intellige (1) quatenus prodigus consideratur Ethicè ratione rerum administrationis; nam prodigus in genere non agit voluntariè, ob vitium animi, vid. Goddæ. loc. infr. cit. (2) ut Juridicè; ubi itidem quidem nulla ejus voluntas, & quatenus ipsi interdicta commercia, & ob vitium animi & voluntatis, fuit d. l. 1. quia consensus, quem omne pactum requirit, duo habet principia, ut scil. dictum, intellectum & voluntatem. Sed illud hic Q. An sine curatoris consensu obligetur tantùm naturaliter? Quod negamus 1. Ex prædicta ratione, quod non magis velle ac furiosus possit d. l. 40. de R. I. 2. per l. 6. de V. Obl. Nec obstat l. 25. de fide-

Ut prodigus hic consideretur & paciscatur.

de fidejuss. Ad quam nulla est responsio Bachov. *in not. hic.* ibi esse fidejussurem prodigi secundùm dici, non secundum esse: Nam aliquando obligatur prodigus, *l.20. §.4. de fidejuss.* ut quando ex re actio est, *l.46. de O. & A.* & quando conditionem suam fecit meliorem, (quomodo rei veritate non est prodigus) *l.3. de novat.* Et his casibus, quin ipsi & fidejussor accedere possit verus & secundum esse, indubium est, *d.l.70. §.4. de fidejuss. junct.* Goedd. *de contrah. stipul. c.7. n.526.527. & seqq.*

Minores ut pacisci queant & obligari.

Minores qui curatorem habent) Pacta *extrajudicialia* tantùm huc spectant. In quibus autem rectiùs disting. 1. inter minorem qui *curatorem habet*, & qui *non*, ex *l.3. C. de in integr. restit.* 2. An in illo quæratur saltem de *persona* obligatione, an verò de obligatione *bonorum*. Primo casu valet pactum sine curatoris consensu, *l.8. C. de nupt. l.20. de rit. nupt.* Altero, sine ejus consensu ipso jure nullum est, *d.l.3. C. de integr. restit.* quia bonis curator datur, *arg. §.2. de curat.* Qui verò curatorem non habet, rectè quidem paciscitur, sed læsus habet restit. in integrum; modò *probet læsionem*, *l.9. §.4. de jurejur.* Nisi creditor contra possit probare, *versam esse pecuniam in utilitatem* minoris *l.27. §. Si pecuniam de minor.* Nec officit *l.101. de V.O.* quia expressè loquitur de minoribus, qui habent curatores; vel restringenda ad illos casus, quibus absque curatore validè obligantur, ut quando saltem de personâ eorum agitur, *d.l.8. C. de nupt.* aut si ex re actio sit *d.l.46. & 24. de O. & A.*

Quæ remedia sint minoris contra tutores jus liquidum paciscendo remittendo.

Nisi jus minorum liquidum) Tunc enim minor restitui potest & contra tutorem & donatarium *l.2. l.f. C. si tutor vel curator. interv.* vel etiam citra restitutionis auxilium actum tutoris nullum dicere, *per l.46. fin. de administr. & peric. tutor.* quod remedium expeditius est, & lapsis etiam fatalibus restitutionis locum habet. Vid. Gail. 2. *observat.* 77. Excipitur 1. nisi tutores sint personarum illustrium. Gail. *d. observ. 72. n.8. per 12. §. 2.3. & l.13. de administr. tutor.* 2. Si hoc suadeat utilitas pupilli, *l.1. §.2. de tut. & ration. detrah.* ut est donatio remuneratoria.

Ut paciscantur filiusf. servi fratres.

Filiusfamilias) In his & similibus distinguend. an cum *extraneo* paciscantur, an verò *cum illis quorum sunt in potestate.* Priori casu e.g. *filius* & *servus* rectè quidem paciscuntur, sed non sibi acquirunt, verùm *patri & Domino*, qui & nat: & *civiliter* inde obligantur. Altero casu nulla subest *civilis* obligatio. Non *dominus cum servo*, quod statim domino acquiritur obligatio, hicque nequeat sui ipsius esse creditor. Non *filius patri*, propter fictionem juris, quâ jure civili pro una & non diversis personis habentur. Nec *fratris cum fratre*, aut *servo* cum *servo*; tum quod nec momento in ipsorum persona possit civilis consistere obligatio; tum quod inter omnes fratres & servos ejusdem familiæ inducta sit eadem unionis fictio, per necessariam consequentiam, *arg. §.9. & 10. de testam. ord.* Jure autem naturali, cum ejusmodi fictio cesset, propterea illas personas eodem jure invicem obligari non est dubitandum.

Receptio in filiusf.

Excipiuntur tamen jure civili 1. Pacta patris & filii puberis *de bonis castrensibus* & quasi castrensibus *l.2. C. de castr. pecul. l.6. C. de bon. quæ lib. l.2. de contrah. emt.* Add. Molin. *disp.* 280. *circ. fin.* 2. pactio de *illis adventitiis* in quibus filiusfamilias *plenam habet proprietatem*, ut *l.6. auth. seq. & arg. l.7. C. de bon. quæ lib.* tum *arg. Nov. 117. c.1.* quibus dicitur ejusmodi bona administrari posse quovis modo: tum quod cesset in his ratio, quæ est in aliis adventitiis, sc. usufructus patris, & propterea prohibita alienatio, *§.1. per quas personas.* Secus ideoque ubi usufructus apud patrem constitutus, quo casu *pubes* filiusf. pacisci non potest nisi *patris voluntate*, *l. §.5. v. filia C. de bon. quæ lib.* Conf. Molin. *disp.* 261. Dissentit. *quoad prius* Goddæ & alii 1. *per l. fin. C. qui testam.* 2. quod ratio prohibitionis subsit adhuc in bonis quæ pleno jure sunt filiif. scil. jus potestatis patriæ, & personarum unitas. Verùm Resp. 1. argumentum ab ultima voluntate ad contractum & vice versa valere, ubi identitas est rationis. Testamenti autem factio est juris publici, at contrahere seu pacisci juris privati, *arg. l. sicut de O & A.* filiusfamilias prohibetur testamentum facere, at pacisci non item. 2. non obtinet idem argumentum si in lege reperiatur contrarium. Vid. Daniel Moller. 5. *Semestr.* 60. Deinde jus potestatis patriæ etiam in filiusfamilias adhuc locum habet, qui tamen de castrensi aut quasi pacisci non prohibetur. Cessat & hic personarum unitas, *arg. d.l.6. & auth seq. C. bon. quæ lib.*

Objecta pactorum.

N. VI. *Res omnis quæ in commercio*) Notanda hic in primis IV. occurrunt 1. *objecta pactorum in genere.* 2. *quod est de re aliena* 3. *de quota litis.* 4. *quod de viventis hæreditate.* Objecta pact. in genere explicatius dicuntur *res & facta* & illæ sive corporales sint sive incorporales, præsentes vel futuræ.

Res.

Excipiuntur 1. quæ *non in rerum natura* (*nec actu nec potentia, arg. l.46. h.t. l.16. C. eod. l.8. de contr. empt.*) 2. quæ quidem in rerum natura, sed *non in commercio*, simpliciter, *arg. l.83. §.5. de V.O. §.1.2. de R.D. §.7. eod.* vel sec. quid. *arg. l.11. §.16. de leg. 3. l.11. de re mil. l.1. C. ne Christ. manc. jud.* 3. quæ in commercio sed *alienari prohibita*, *arg. t. ff. & C. de litig. l.41. pr. de leg. 1. pr. quib. alien. lic.*

Et facta.

Per facta hic intelliguntur quæ fieri possunt, *l.7. h.t. l.72. de V.O.* Excluduntur illa quæ fieri nequeunt, vel *natura*, quod impossibilia sint. *§.11. in inutil. stipul.* vel *jure*, quæ contra leges constitutiones, bonos mores, *l.1. de Condit. instit.* Cujusmodi 1. in quibus *turpis est præstatio*, *l.152. l.3. de leg. 1. 26. de V.O. l.27. §.4. h.t.* sive quæ *in genere* sunt *contra bonos mores*, *l.7. §.16. h.* 2. pactum *de quota litis* inter clientem & patronum: 3. de *futura* successione 4. *artificum* ne impleat alter inchoavit &c. in genere quod est contra justitiam universalem. Porrò *factum* aliud est *nudum* (quo nihil juris transfertur, *l.72. de V.O.* sed tantùm consistit in faciendo vel præstando, ut Brunsvigam ire, fossam fodere, ædificare domum) aliud *non nudum sive prægnans*, quod jus tribuit seu causam habet bonorum, *l.52. §.5. de V.O.* ut traditio, solutio, & quæ his similia: aliud item proprium aliud alienum, *l.85. de V.O.*

Quomodo res aliena contra Wesenb.

Sed & *res aliena* quin objectum sit pacti *in terminis habilibus*, non dubitamus. Si pactum accipias *in genere*, ut contractus comprehendit, manifestò ex iis id patet qui *non continent obligationem dandi*, ut sunt locatio, stipulatio, pignus, commodatum, depositum, *l.12. §.1. l.9. l.36. de pignorat. action. l.11. solut. matrimon. l.137. §.4. de V.O. l.16. §. fin. de usucapion. l.15. commod.* item emtio. venditio *l.25. §.1. de contrah. emt. l.30. §.1. de action. emt.* Adeò, ut propterea nec competat actio empti, præterquam si res actualiter evicta, *l.3. l.19. l.24. C. de evict.* Nisi fuerit *furtiva, & venditor atque emptor*, vel *hic saltem scieverit*, quo casu contractus est irritus & obligationem non producit. Nam sciente *solo venditore*, ex eo obligatio est, *text. in l.34. §.3. de contr. emp. vend.* Quod discriminis tamen in empt. vend. (*res furtiva & non furtiva, ut exinde contractus sic sit validus vel non*) haud ex jur. nat. vel gent. sed ex *rat. externâ positivi Rom. juris* esse rectè contendit de Lugo *disp. 22. sect. 11. n. 307.* Secus est in illis contractibus *qui habent obligationem dandi*, ut mutuum, permutatio, quibus dans rem alienam, non dicitur satisfecisse obligationi, *l.5. §.1. de rerum permut. l.1. l.f. C. eodem.* Deinde accepto pacto in *specie* pro nudo maximè pro liberatorio, sufficit illud in quod deducta res aliena, operari exceptio-

ceptionem *l. 7. §. 4. h.* Neque officiunt rationes Auctoris. Ad 1. R. Bach. *in not.* ineptam esse rationem dubitandi, quod pactum actionem non producat. Et rectè, quia aliàs ex eadem ratione nec de re propria pacisci liceret. 2. non opus est excipere hic de jure tertii, cum sufficiat exceptio pacti contra eum qui pactus est. 3. ad *l. penult. h. t.* in qua dicitur non valere pactum rectè idem Bachov. respondet, esse fallaciam causæ; quod enim non valet, ratio non est objectum, res aliena, sed quod nulla ejus utilitas, sive quod non intersit paciscentis, ut & in *l. t. t. de religios. 4.* quod *l. f. C. pact. int. emt. & vend.* dicitur ejusmodi pactum prodesse, hoc saltem aliquando verum esse potest, ut in *l. t. §. 28. de aqu. quot. & æst.* quamvis ibi valeat pactum non quà tale, sed quà adjectum contractui. Ipse tamen Wesenb. hoc pactum minus rectè vocat anonymum, ceu supra ostendimus. Porrò non licet pacisci de *quota litis, l. 35. h. t.* e. de certâ vel quotâ parte litis, sive summæ aut rei in judicium deductæ. Ratio est. 1. suspicio concussionis: 2. quod sit quasi venditio litis quâ advocatus propriam vel saltem communem causam videtur fovere *l. 8. C. de Proc.* 3. occasio calumniæ *l. 3. mand.* adeoque injustitia universalis, *l. 1. §. 10. & 12. de var. & extraord. cognit. l. 6. §. f. mand. l. 10. C. eod. l. 5. C. de post.* Gail. 1. *O. 44. n. 3.* Pacta quæ de *hæreditate* fiunt, vocari solent *pacta successoria*, quæ iodistincte haud illicita. Sunt enim vel de hæreditate *mortui delata*, vel de *viventis & deferenda*. Illa jure valent, quod hæres hæreditas acquisita cum hæredis patrimonio confundatur, qui exinde rectè de eâ quomodo velit, paciscitur. Hæc quadruplicia sunt *acquirenda, conservanda, dividenda f. disponenda, & renuncianda hæreditatis*. Quibus de cùm pleuissimè dictum sit dissert. *n. de jure rer. concl. 65. & mult. seqq.* eò Lectorem remittimus. De pacto renunciativo mutando videatur nunc quoque Dn. Mevius *p. 3. decis. 171.* & quod ac quare de injuria pacisci non liceat, absque judicis autoritate *p. 1. dec. 243.*

De quota litis.

De hæred. viventis.

N. VII. *Nulla forma*) Verùm sine forma nulla res potest subsistere. Ideoque distinguendum, inter pactum *nudum* & pactum *in genere*. Illius forma est nudum placitum, *arg. l. 27. C. de locat. cond.* & dicitur ab A. nullam habere formam, h. est, ut intelligo, producendæ obligationis. Hoc formam habet in genere, placitum de negotio. *arg. l. 1. h. t.*

An pactū nudum habeat formam.

Notarius aut procurator) In procuratore indubium est. Sed nec *Notarius alteri pacisci potest, nisi mandatum habeat*, cum alteri nemo possit pacisci aut stipulari, *arg. l. 17. §. 4. h. l. 83. §. fin. de R. J.* nisi vel ejus potestati sit subjectus, §. 4. *de inut. stipul. l. 38. §. 17. de V. O.* vel mandatum habeat speciale, vel generale *l. 12. h. t.* Nec officit *l. 1. in v. per nunciam. h. t.* quia requiritur simul ut mandatum intercedat, *d. l. 12.* (sicque facultas data sit) nam obligatio in alium non transfertur, nisi per medium aptum, quale pactum esse nequit, cum hactenus efficiat personas, in illis radicetur atque subsistat, *l. 3. de O. & A.* Dissentire videtur Gotofr. *in d. l. 38. §. 17. de V. O.* inquiens quod cuivis stipulari possit tabellio, *per l. 18 de adopt. l. 2. §. 4. rem pupill. salv. fore* Resp. *in d. l. 18.* mandatum seu concessionem Prætoris non excludi, quod satisdatio impuberi arrogato causâ cognitâ fiat, §. 3. *inst. de adopt. l. 17. §. 1. & seqq. ff. eod.* Quemadmodum & *in oppos. l. 2. & seqq.* apud Prætorem per Notarium, nomine pupilli exigitur. *Et hac quidem de jure civili ita se habere aliter verò moribus nostris, nonnulli arbitrantur quos sequitur Bachov. hic.* Verùm nec moribus aliter obtinere potest, quia sine præcedente requisitione quæ in omni actu ab eo expediundo adesse debet, & ex natura rei requiritur) nil quicquam Notarius agere potest, *R. A. zu Cölln de anno 1512. von Notarien §. Und nachdem ibi. die allweg darzu erbetten und gefodert.*

Q. an Notarius pro absente pacisci possit absque mandato seq.

Nam ubi de obligatione) Ex his præcipuè ea, quæ de tacentis obligatione egit supra Wesenb. *n. 2. & 4.* sunt explicanda *Quæstio est an tacens pro consentiente habeatur?* Et dist. vel agitur de *commodo tacentis*, vel de ejus *præjudicio s. obligatione*. Priori casu regulariter pro consentiente habetur, *l. 43. de R. J. in 6. arg. l. 40. h. t.* ubi per verba *profiteor te non teneri* parte præsente & tacente prolata, *pactum contrahitur remissorium sive liberatorium*, juxta: *quis nisi mentis inops, oblatum respuat aurum?* Jacob. Menoch. *3. præs. 42.* Quod maximè verum ubi tacens propterea præsens est, ut de illa ipsa re agatur, Casp. Caballin *mill. loq. 361.* Posteriori casu iterum dist. *Nam aliquando intercedit aliquod factum, ex quo consensus possit elici*, & tacens obligatur, sive factum hoc interveniat à parte tacentis, sive alterius, ut *l. 18. mand. l. 6. C. eod. l. 4. §. f. de fidejuss.* ut quando quis apud tacentem in ædibus ejus aliquid *deponit*; item quando à nautis, cauponibus, stabulariis quid *receptum*, *l. 1. §. f. naut. caupon. stabul.* Aliquando autem *ejusmodi factum non intercedit*; & tunc silentium nudum pro consensu non est, quo referri debent *arg. l. 8. §. 1. de procur. c. 44. de R. J. in 6. l. 8. §. 15. quibus mod. pignor. vel hypot. solv. l. 6. de S. V. P.* Casibus autem istis quibus tacentem obligari dicimus, contingit illud propter facta quæ interveniunt, aut nun facta; Hæc enim quandoque voluntatis illativa signa existere patet ex *l. 57. h. l. 4. C. de pact. int. empt. & venditor. clem. t. de procur. novell. 17. §. 1. de usur. l. 16 ad Senat. Maced. & diximus s. ad n. 5. vers. qua caus. & procur. n. 4.* atque constat ex principiis humanarum actionum, Confer. Bachov. *in not. ad n. 2. & 4. h. t.* Joann. de Lug. *disp. 23. sect. 5. n. 82.* Hunded. *1. cons. 91. n. 91.* Andr. ab Exea *de pact. n. 15.*

Q. an tacens pro consentiente habeatur.

N. VIII. *Est donatio*) Putat h. A. finem pacti promissorii esse donationem, ut aliquid remittatur. Ideoque & *l. t. de transf.* interpretatur de pacto in genere. Verùm pactionis hujus finis est, ut fiat quod convenit, *arg. l. 3. de O. & A. l. 7. h.* cum h. t. non saltim de remissorio s. liberatorio pacto agatur, sed & de obligatorio *l. 6. eod.* In *d. l. 1. de transf.* duo hæc notanda 1. quod ibi invicem opponantur transactio & pactum donationis causâ, h. *e. non pactum promissorium & in genere, sed species hujus pactum liberatorium, hoc sensu: Quicunque de nationis causâ paciscitur, is ex liberalitate remittit: at qui transigit, is ex liberalitate non remittit, sed ut quid detur vel fiat, l. 38. C. de transf.* 2. quod nihilominus pactum donationis causâ *quoddam sit etiam rei dubiæ* vel litigiosæ, *arg. l. 18. C. de donat. l. 18. C. de transf.* Alit. Bachov. *ad Tr. d. 7. th. E.* Falsum itaque, si remissio fiat ob causam, in pacto manere donationem; tum quia ex gratuito fit non gratuitum; tum quia pactum non gratuitum incidit in contractum, & pactum amplius dici nequit, *arg. l. 5. de præs. verb. l. 7. h. t.* Depositum de quo ait A. secundum all. *l. 24. l. 26. §. 1. de pos.* non est simplex depositum: cùm mandatum mercede interveniente fit locatio, §. *f. de mand.* Proinde ex fine contrahentium pacta & contractus sunt æstimandi, juxta humanarum actionum principia, hisque optimè congruentem *l. 55. de O. & A.* Finis autem æquè potest esse *obligatio*, ac donatio vel liberalitas, ceu ipsemet Wesenb. *in f. hujus n.* fatetur sibi non constans.

Finis pacti non est donatio, contra A.

N. IX. *Ex pacto jure naturali*) *Quæstio est, an ex pacto quovis de jure naturali oriatur efficax obligatio & actio?* Quæ non intelligitur, ut putat A. de contractu, nec de nudis pactis liberatoriis quibus ab obligatione discedirur, sed de pactis promissoriis nudis. Wes. id affirmat septem argumentis, sed maximè ex jure civili petitis. Cum verò hic in thesi disputetur, tamo adæquata hæc est, quod principiis agendum & justitiæ conveniens *sit illud impleri, quod fervâ intentione est promissum*, quodque jus naturale distinctionem contra-

Jur. nat. ex quovis pacto obl. & actio.

ctuum nominatorum & innominatorum, & inter pacta nuda & vestita, jure positivo inductam, ignoret. Neque sustulerunt Romani obligationem naturalem, sed ei in foro suo saltem non adstiterunt. Vid. Molin, *de J. & jure tom.2.disput.257.* Bachov. *in prot. h.p.652.* Martinum Bresser *tract.de conscient.l.6.c.9.n.242.* Angel. *de Clavas. in verb. pactum.* Addesis Aristot. 1.*Rhet. ult.* ubi dicit multa agi ex contractibus, & quæ sponte aguntur ex pactis esse, quæ si irrita sint, tolli usus hominum. Qualia ex justitia commutiva descendere & synallagmata ἑκούσια seu contractus voluntarios esse, docet idem 5.*Eth.*5. atque curam incumbere magistratibus *de contractibus* privatorum, περὶ τῶν ἰδίων συναλλαγμάτων 6.*Pol.*2.4.*Pol.*16. Et Plato 11.*de legib. si quis*, inquit, *non videatur pacta servasse (nisi lex aut decretum prohibeat, aut necessitas aut vis illata coegerit, aut inopinatus casus inciderit) non servati pacti causam in aliis, tribunum judices cognoscant, nisi vicini prius aut arbitri reconciliaverint.* Conf.Gell. 5.*n. Att.*10. Grot. *de r.p. & b. l.2.c.11 n.1 & 5.* & textus jur.div. *Prov.* 5.1. *Hebræ.*6.18. 1.*ad Corinth.* 1. 19. 2. *ad Timoth.* 2.13. 1.*ad Thess.*5.24. Cæterum Romanis placuit ex nudo pacto haud nasci actionem, externâ & civili ratione, fraudis, sc. evitandæ & litium minuendarum causa. Verum ut Exceptio, quâ de sola h.t. agitur, (dum contra agentem pacti exceptione se quis defendit) inde existeret, semper justum ipsis visum est; tum ratione internâ justitiæ, cujus pars est fides servanda) tum externâ, quod favorabiliores sint rei quàm actores; tum verò quod lites non augeat hæc exceptio, sed eos mirificè infringat, præcidat. Atque ex iisdem principiis hoc porro extenditur, quod pactum jur.Rom. operatur jus retentionis, impedit condictionem indebiti *l.2.1. C.h.t.l.26. §. filia.de pactis dotal.* effectum habet compensationis, *l.6. de compens.* potest ei accedere pignus & fidejussor, *l.16. §.3.de fidejussor.* potest etiam constitui *l.1. de const. pecun. junct. §. præterea de except. l.95. §.nam lis de solut.* etiam in pactis liberatoriis prodest ad excipiendum, *l.7. §.5.h.t.* Conf. Molin. Bresser. dict. leges Dissentit. Dn. Jacobus Mestertius *de instit.leg Roman.l.1.c.2 n.8.9.& seqq. juxt. noviss.ed.lib.1.c.31.per tot.* præcipuè (1) *per l.1.h.t.* (2) *l.10. de O.& A.l.16.§.4. de fidejuss.* (3) *per l.84.§.1.de R.I.* contra receptam sententiam contendens, ex pacto quovis deliberato jure civili & obligationem oriri & actionem. Sed reponi potest ad (1) *verbum* servare *ambiguum, in d.l.1. denotare effectum exceptionis. Quod patet per inductionem, tum d.l.1.fi generalis. In vestitis enim pactis obligationem significat & actionem, l. 7. §. 1.& 2.& 5.16.h.t.* cum autem ex non vestito pacto tantùm oriatur exceptio *d.l. §.4.h.t. sequitur (cum & hoc sub genere pacti contineatur) servare quo ad hoc significare effectum exceptionis. Nec obstat quod Prætor quodcunque servat, etiam tueatur dando actionem l.44. §.1. fam.ercisc.l.1. de const.pec.* Nam leges istæ loquuntur *de quasi contractu communionis rei hæreditatis &c & de constituto, qualia non sunt pacta nuda, de quibus hæc quæstio saltem concepta.* 2) *l.10 de O.& A l.16.§.4.de fidejuss. (quas male corrigit Giphan.ad d.l.10.) loquuntur particulariter. Aliquando enim pactum producit jure civili obligationem & actionem. ut in casu pupilli locupletioris facti, post rescriptum D. Pii l.5 de aut.tut. Unde datur actio, quæ & in aliis casibus obtinet:* (3) *l.84.§.1.de R.I.* saltem habet, *quod ille quem jure gentium oportet dare, debeat naturâ. unde nihil aliud, quam quod ergo & is, quem pacto dare oportet, debeat naturâ: Nec enim de effectu debiti vel obligationis civilis quicquam ibi agitur. Denique verba l.7.§.4.h. sed cum nulla subest causa, propter conventionem, quæ interpretari videtur Mastertius de causa negotii celebrandi deliberata, quid significent, apparet satis per adversativam & relativam particulam.* Sed ; ex conjunctione §. 2. *in quo causa significat dationem vel factum actuale, ut & in l.5.pr.& seq de præscript. verb.* Et, *si post pactum de donando postea rem traditam repetat donator, certe donatarius minus cautè opponet exceptionem pacti; cum donatio, quæ fit rei traditione, sit modus acquirendi dominium naturalis, non verò nudum pactum §.41. d.R. D. Ideoque tutius erit opposita dominii exceptione.* Neque verò D. Mæstertio patrocinari quicquam possunt *in noviss. edit.cit. c.31.* longa serie denuo proposita, si ea prædictis ea examinaveris. Confer post hæc jam antè scripta visos D. Cypr. Reg. *de injust.c.2.* Autorem Anonymum *de vi ac pot. quam jurisgent. conventiones apud Roman.habent*, & Clariss. Taborem *part.elem p.3.sect.3. th. 37.*

Sed saltem per accidens) Videsis *not.* Bachov. *h. & observ. infr. ad t. præscr. verb.* Contractus innominatos, non nisi impropriè dici pacta innominata, supra notavimus, nec non quæ recta sit *l.7.h.* de contr.nom.& innominatis sententia. Ratio autem quare non producant pacta nuda jur. civ. actionem *à posteriori* hæc est, quod Romani *hactenus non assistant nudo pacto juris gent. arg.l.6.de I. & I. junct.l.7. §.4.h.* sed illi saltem quod vel nomen habet vel causam, *express.text.d.l.7.§. 1.& 2. junct. §.4.h.t.* Ratio autem *à priori* externa & politica hæc, ne lites *hac ratione* multiplicentur; *cum aliàs sat sufficientes habuerint Romani & juris gent. & legitimas in sua republ. conventiones, in quas facilè & validè res factave poterant deduci. Quodque haud interfit Reip. ad judicem deferre quævis etiam indeterminata debita: ut nec pro singulis peccatis contra justitiam detur adire forum seculare.* Vid. Card. de Lugo *d.disp.22.sect.5.n.55.* Ames. *d.tr.l.5.c.41.n.13.& 15.*

Ratio jur. civ. de pact. nud. non product. obligat.

Lex civilis non assistit) Hæc ratio vera est, quamvis *non sufficiens*, ut modò notatum, quoad pacta nuda. Frustra autem accommodatur contractibus innominatis, (quos proprio errore Wesenb. hîc iterum vocat conventiones innominatas) quia propter causam s. synallagma jure gentium acceptum, etiam apud Romanos producunt obligationem & actionem civilem (præscriptis verbis) *ex se & vi suâ, non vero ob legis assistentiam seu nudam ejus approbationem & receptionem. d. l.7.§.2.h.t.l.5.pr.§.1.& seqq.l.15.l.21. de præscript. verb.* Unde & falsum est actiones omnes esse juris civilis: ut dicetur *infr. tit. de oblig.& act.* Et malè huc trahuntur verba: *secundum civicatis Romana jura*, quæ *all.§.1. de act.* non habet, neque eò pertinent, sed ad definitionem obligationis, *unde illa surrepta esse & definitioni actionis malè tributa* notat *h.* Bachov. Porro nec quod de *incogitantia* asserit Noster, vera ratio est cur pactum jur. Rom. non producat obligationem; & quia facilè discerni potest *seria conventio à jocosa & temeraria*; & quia *omni pacto*, quâ etiam jur. gent. consideratur, *commune & naturale* est, ut, nisi ex seria inteotione, vires non accipiat, *arg.l.55.de O.& A.l.7.§.12.h.t.* Rectè vero improbatur ratio Connani *ex illis saltem conveat. quib. synallagma est, jur. civ. actionem esse.* Cui & concinnius respondetur (1) quod sic accepto vocabulo synallagmatos pro *mutua obligatione*, ut *in l.19 de V. S.* sequeretur, ex mutuo & stipulatione non oriri civilem actionem: (2) Sumpto synallagmate pro *causa*. (latione vel facto actuali) non nasci actionem civilem ex consensualibus contractibus, nec stipulatione, quod utrumque satis absurdum. Minimè autem genium huc quadrant duæ rationes Wesenb. quod lex nominando contractum eam faciat pactum legitimum, & actiones jure civili omnes certæ sint & nominatim exprimendæ. Nam (1) *l.6.h.* est *de pactis legitimis in specie sic dictis*, quæ ipse *supr. n.4. vers. legitima conventio est*, distinguit à contr. jur. gent. nominatis, nec hic pacta legitima dicuntur nisi vocabulo *legitimi* latè accepto, pro

Lex civ. non assistit pacto nudo. Sed contractus innom. ex se obligat.

Improbatur ratio de incogitantia.

Et Connane de synallagmate.

Diss. Jac. Mestert.

eo

eo quod est legibus approbatum, *arg. l. 6. de l. & l. ut supr.* dictum. (2) Nominandam fuisse actionem in libello falsum est, & confutavimus *supra de Edend. num. 7.*

Notanda de act. præscr. verb. cöter. innom. & principiis pactorũ, contra Wesenb.

Prætorem succurrere) Obiter hîc notandum, minus rectè actionem præscriptis verbis dici *Prætoriam*, contra *l. 7. §. 2. h. t. l. 1. 2. 3. 15. & tot. tit. de præscr. verb.* Nam etsi Prætoriam intelligas quod prætor eam edicto proposuerit, nihilominus hoc falsum, quia tunc omnes prætoriæ forent, nullæ civiles. Sed & quæ sequuntur à vers. *hoc igitur posito*, solido fundamento destituuntur. (1) Contradictio est asserere, *contractum esse innominatum*, & tamen *manere in suo genere pacti, permutationis, donationis*: (2) pactum in specie sumptum *contractui* opponitur: (3) nec *donatio* est contractus, sed *actus liberalitatis*, *qui variè perficitur*: (4) *consensuales* contractus hac ratione *non erunt dicendi contractus*, cum nec pactum sint, nec permutatio (quod vi solius consensus producant obligationem, *l. 7. §. 2. de rerum permut.*) nec donatio: (5) quæ habet A. *vers. & proinde nec certum nomen*, usque ad verba, *neque indidem*, vera quidem sunt de pactis nudis, & contractibus innominatis; sed datur quoad hos adhuc aliud quod obligationem efficit & actionem, sc. causæ interventus, *sæpe d. l. 2. §. 2. h. l. 5. de præscript. verb.* (6) Iterum implicat manifestissimam contradictionem, dicere quod contractus innominati sint *civilia negocia & his datione rei alterum sibi alterum civiliter obligare* (quod hic asserit Noster & expressius paulò post, *vers. cum igitur ex pacto*) & tamen non dari exinde civilem actionem. Vid. *l. 15. de Præscript. verb.*

Regula Wesenb. de pacto nudo cũ 6 exceptionib. examinata.

Cur jur. civili) Hic demum in viam redit & de *pactis nudis* facit regulam, *quod jure civili actionem non producant.* Exceptiones ejusdem 6. subjungit 1. in pacto *stipulatione munito* 2. in pacto *jurato* 3. impleto *rei traditione* 4. si insit bonæ fidei judiciis, seu in *pacto adjecto* 5. cum munitur *scriptura* 6. si fiat *in judicio*. De quibus omnibus *in genere* notandum, quod hæ exceptiones *non sint de regula*, quæ tantùm est de pactis nudis (strictè ita dictis scil. à nomine & causa) exceptis tantùm pactis adjectis, quibus addi possunt pacta legitima. Nunc de singulis in specie videbimus.

Pactum stipulatione munitum vi suâ producit obl.

Et conventio *solenni interrogatione & responsione verborum celebrata* non est pactum, sed cum singulare *nomen* habeat, & *formam contrahendi*, dicitur contractus *nominatus*, & exinde *vi nominis* obligationem & actionem civilem producit, *l. 1. §. f. h. t.*

In pacto jurato dist.

Neque juramentum jur. civili pactum dicendum vel conventio, sed *attestatio* & *actus*. Wesenb. *infr. de jurejur. num. 2.* Per & ineptum videtur, juratum pactum dicere *contractum nominatum*, cum nec pactum nec jusjurandum formam illam, quæ dat esse contractibus, habeant. Sanè *jure gentium* (de quibus Dd. *in c. 6. de pact. in 6.* forrè intelligendi,) pactum nudum efficacem actionem producit, ergo & eodem jure ipsi rectè accedit juramentum. *Exceptio tamen est jure civili uno casu, quando libertus sub jurejurando patrono operas promittit, l. ut jurisjurandi de oper. libert. l. fin. de liberal. causa l. si quis de fidejuss.* Neque officit argumentum Molinæ *d. tom. 2. disput. 256.* & qui hunc noviss. sequitur, Joannis de Lugo *d. disput. 22. sect. 8. n. 204.* quo in contrarium moventur & tale est: *Si ex contractu jure civili invalido, qui tamen non est contra bonos mores, datur actio jure civili & canon: quando juramento confirmatur, sequitur multò magis & jure civili ex pacto nudo jurato dari actionem. At verum prius, per c. cum contingat. de jurejurand. c. cum mulieres, eodem c. quamvis. de pact. in 6. auth. Sacramenta puberum C. si adversus vendit. E. & posterius.* Nam 1. *negatur illatio ab effectu contractuum, quem jure canonico habent ad eum, quem tenent jure civili. Nam jus canonicum inspicit solum justitiam, æquitatem & sequitur jus naturale. E. nec mirum, quod contractus jure civili invalidus jure canonico confirmetur* 2. *Minor falsa est, quod contractus jure civili invalidus eodem jure confirmetur per d. auth. Nam loquitur illa de contractibus validis.* Et *particularis* est casus in *d. l. si quis*. fatente ipso de Lugo, *ex quo ad alios colligere prohibet in primis l. 7. §. 16. h. t.* Cum & *negetur actio, quando eam operam etiam ingenuus cum juramento promisit.* Proinde ex argumento opposito nihil aliud sequitur, quàm *quod pactum juratum jure can. obligationem producat*, quod non diffitemur.

Traditione vel causâ interveniente fit contractus innomin.

Quando res datur ut alia reddatur, aut fit aliquid, ut iterum quid fiat, subest *civile negotium* & contractus *innominatus*, unde descendit actio præscr. verb. civilis *l. 15. de præscript. verb.* Ergo ejusmodi conventio male nominatur pactum, cum forma quam habet, scil. rei interventus, ipsum *specificet*, faciat contractum. Non officit quod *in l. 48. h. t.* dicitur, valere quod *in rerum traditionibus* pactum est. Verum enim hoc de pactis adjectis traditioni, ut est pactum in diem addictionis: legiscommissoriæ &c. quæ valent nisi sint contraria contractui (qui per traditionem est impletus) aut causæ, *ut in l. 17. h. t.* Neque etiam obstat *l. 45. h. t.* ubi dicitur divisionis placitum valere, si traditione sumat effectum. Nam placitum divisionis est *nudum pactum*, traditione autem interveniente non potest amplius dici pactum, sed fit *permutatio*, & *contractus innominatus*, *l. 77. §. 18. de leg. 2.* producitque actionem præscript. verb. *l. 7. Cod. commun. utriusque judic. l. 23. l. 14. C. fam. ercisc.*

Nudum quot modis dicatur.

Ad quorum *ulteriorem explicationem* porro apprimè facit resolutio ambiguitatis & τοῦ *Nudi*, & pacti *nudi*. Nudum dicitur 1. sine *securitate*, ut nuda promissio, nuda cautio *l. 56. de evict.* 2. *sine solennitate*, ut nudus consensus *l. 3. C. de emanc.* nuda vox, *§. f. quib. mod. test.* nuda voluntas, *l. 3. §. f. de ad leg. 3. sine causa*, ut nuda ratio, *l. 26. de don. l. 49. § ult. de pecul.* traditio nuda *l. 31. de a. r. d.* nuda solutio *l. 6. §. 3. de ed.* nuda venditio (absque animo obligandi, simulata) *l. 55. de contr. empt.* adseveratio nuda *l. 14. C. de prob.*

Nudum pactum varie.

Nudum vero pactum 1. quod *sine acceptatione*, solius offerentis promissio *l. 34. pr. mand.* 2. *sine stipulatione l. 12. l. 30. de usur. N. 136. c. 4. l. 3. l. 4. C. de us. l. 2. C. de evict.* 3. *sine traditione. d. l. 45. h.* 4. *sine translatione dominii vel possessionis*, ut emptio *l. 20. C. h.* pignus nuda conventione constitutum *l. 1. de pign. act.* 5. frequentius in hac materia, quod *sine productione obligationis*: & vel laè, quod sine omni fomento, vel strictè quod sine fomento naturali, *ut supr. dictum ad vers. hoc in significatu.*

Concil. l. 7. §. 2. h. & l. 5. §. 2. de præscript. verb.

Non redditus est locupletior) Incipit hic A. explicare antinomiam, inter *l. 7. §. 2. h. t. & l. 5. §. 2. in fin. de præscript. verb.* Quarum casus: *Dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas, manumisisti, evictus est Stichus. Q. quænam actio tibi competat?* Julianus ait dari *actionem in factum prætoriam*, Maurilianus verò reprehendens Julianum, *actionem civilem præsc. verb.* & Maurilianum sequitur Paulus *d. l. 7. §. 2.* At in *d. l. 5. §. 2. in f.* dicitur: si à sciente datus est alienus servus, competere *actionem de dolo*, secundùm Julianum, si ab ignorante, actionem *in factum civilem*. Hos textus Wesenb. hic rectè conciliat. *Nam subest hic contractus innominatus facio ut des* (manumissio enim facta, est civile negotium) *unde alter obligatur ad dandum, per actionem civilem præscr. verb.* hæc enim ex facio ut des oritur *d. l. 7. §. 2. in f. h tit.* Sed & eadem sententia est *in d. l. 5. §. 2. in f. de præscr. verb.* modò pro verbo finali *civilem* legatur *prætoriam*. Hocque ex rationibus ab A. allatis.

allaris. ICtus enim Paulus *in d. l. 5.* recitat sententiam Juliani, hæc autem (ut patet in *l. 7. §. 2. h.*) est, si quis dedit servum alienum, esse actionem in factum, non civilem (neque enim hæc fuit sententia Juliani, *d. l. 7. §. 2.*) sed prætoriam, scil. de dolo; & directam, ubi quis sciens dedit, utilem s. in factum si ignorans. Adeoque *in d. l. 5. §. 2.* nihil deciditur, sed saltim sententia Juliani jam ante improbata Mauritiano, refertur. Jungatur Cujac. *ad d. l. 7.* D. Vinn. 2. *sel. jur. q. c. 46 in f.* idem statuentes. Dissentit Bachov. *h. Putans, ubi quis sciens dolo malo dedit servum alienum, actionem de dolo malo esse necessariam; quod tunc non subsit negotium civile: quando vero dedit ignorans, illud subesse, & dari actionem præscriptis verbis.* Verùm respondet 1. rectè A. absurdum esse, ex uno facto simul oriri actionem extraordinariam (de dolo) & ordinariam, præscriptis verbis; quod prætoriæ non sit locus, ubi actio adest civilis, *arg. l. 16. de minor.* 2. quod actio de dolo non solùm extraordinaria sit sed & famosa, *d. l. 7. de dol. mal.* Denique 3. quod eadem cesset tunc ubi civile negotium: ut hic, subest, utroque casu, sive quis ignorans dedit, sive sciens servum alienum *arg. l. 15. de præscr. verb.* Quod vero nunquam est æstimandum ex datione Stichi, quæ nulla propter evictionem; (cum dare in contractibus innominatis sit dominium transferre *l. 1. §. 1. & 3. de rer. permut. l. fin. de condict. caus. d. n.*) sed ex facto manumissionis, *arg. d. l. 15.* utroque itaque casu, sive sciens dederit servum alienum, sive ignorans, datur actio ordinaria civilis præscript. verbis. Confer. not. *infr. n. 4. de præscript. verb.* & Donell. *de præsc. verb. c. 19 n. 5. 6. 7.* qui aliter hoc textus conciliat, correctionem evitaturus; cum edit. Flor. legat *civilem*.

Vera exceptio est in pact. adjectis.

Cum insunt b. f. judiciis) Hæc demum *exceptio de regula est*, quia pacta adjecta in se nuda sunt (carentia nomine & causa) & tamen jure civili obligationem & actionem producunt, *l. 7. §. 5. & seqq. l. ab emptione h. t. l. pacta conventa, de contr. empt.*

Contra Bachov.

Neque moramur rationem Bachov. *in not. h.* contrarium statuentis, quod pacta adjecta sint pars contractuum, indeque nec hæc exceptio sit de regula. Nec enim (1) propterea sunt ipsi contractus, sed pars iis accedens, (2) quia nuda dicuntur in stricto significatu, oppositive ad contractus ipsos, *text. l. 7. § 2. h.* Et quamvis pacta de substantialibus, non tam pacta sint quam contractus, hic tamen præcipuè agitur de adjectis circa adminicula, quæ non nisi nuda sunt; aliud etiam rei veritate est pactum *cui adjicitur*, ab illo *quod adjicitur*. Illud *ordine naturæ præcedit*, hoc *sequitur*; illud *sicut subjectum* gerit, hoc ut *accidens*, illud *ex se* vim habet absolutam, per se subsistens, hoc *propter adjectionem*: illud dicitur contractus, hoc lex contractus, *l. 24 depos. l. de leg. commiss.*

Quid pact. adjectum.

Finiri potest *conventio nuda, ob cohærentiam contractus jure civili efficacem obligationem producens, arg. d. l. 7. §. 5. h. t.*

Minuens augens.

Dividitur à *fine* & effectu I. in *detrahens* seu *minuens* & *adjiciens* seu *augens, l. 72. de contr. empt.* Illud est, quod aliquid aufertur de obligatione vel actione, quò minus agi possit. Hoc quo additur, ut amplius agi possit, quàm antea agi poterat, *d. §. 5. & seqq.* II. Dividitur ex eadem causa à Ferdinando *ad d. l. pacta conventa. in quinta præfat. n. 5. & seqq.* sextupliciter.

Informativum.

(1) in Informativum, *quod actionem informat, ut etiam ad id quod in pactum deductum est, competat, c. fin. de for. compet. l. 7. §. 1. l. 21. §. 4. de action. empt. l. 7. §. 5. l. 13. C. eod.*

Reformativum.

(2) in Reformativum: *quod mutat substantiam contractus prioris, & inducit novam ejusdem speciei. arg. l. præcipiunt, de adil. edit. l. 1. §. & cum triplici. C. de caduc. toll.* Exempla sunt in *l.* . §. 6. *in fin. h. t. l. 27. §. 2. v. idē dicimus eod. l. 72 l. f. de contr. empt.* Aliàs dicitur Renovativum, *arg. d. l. 27. §. 2. ibi: potest renovare primum.*

Transformativum.

(3) in Transformativum, *quo à primo receditur contractu, & inducitur novus specie diversus, arg. l. 24. in fin. de præscript. verb. l. 27. de donat. mort. causa l. 2. princ. de rebus cred.*

Conformativum.

(4) in Conformativum s. conforme, *quod conforme est contractui, cui adjicitur, ut in l. 14 C. h. t. ubi pactum continens pœnam, est conforme stipulationi pœnali.*

Deformativum.

(5) in Deformativum s. deforme, cujus exemplum *in c. ad nostram. de empt. & vend. ubi pactum de retrovendendo deformavit contractum emptionis, ut censeatur usurarius; in c. cum clericus. h. t. ubi pactum de solvenda majori pensione, deformavit titulum beneficii.*

Resolutivum.

(6) denique in Resolutivum, *quo resolvitur prior contractus, & ab eo omnino receditur, ut l. ab emptione 58. h. t. l. 2. quando licet ab emption. disc. l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. l. 7. §. 6. h.* Eoque pertinent duo insignia pacta, in diem addictionis, & l. commissoriæ. Cæterum ex his 4. & 5. non magnam utilitatem habent, reliqua autem licet ab effectibus ita vocata, satis sunt insignia.

Quando adjiciantur in continenti.

Porrò adjiciuntur hæc pacta vel in continenti (*ex continenti, in ingressu, in initio, tempore contractus, antequam contrahentes ad alia divertant*) & dicuntur inesse, cohærere, *l. 13. C. h. t. l. 7. §. 8. l. 31 ff. eod.* Vel ex intervallo sequuntur, quæ nud. pact. naturam retinent: *dd. ll. & l. 5. C. de pact. inter empt. & vendit.* Materia autem pactorum, sive illa de quibus adjiciuntur, sunt vel *substantialia contractus* (partes substantiales quæ à contractu abesse nequeunt, ut interrogatio & responsio congrua in stipulatione, pretium & merx in empt. vend.) vel contractus *adminicula, l. 72. de contrah. empt.* Et sub his continentur, quæ Dd. vocant Naturalia (quæ contractui tacitè ex propria natura insunt, ita tamen, ut possint abesse, ut evictio in empt. venditione &c. itero Accidentalia (quæ possunt abesse, vel adesse, & insunt tantùm propter conventionem) Nam ICti in *d. l. 72. de contrah. empt. & l. 7. §. 5. h. t.* hæc duo posteriora distinctè non ponunt, sed sub adminiculis comprehendunt.

Q. an pacta adj. producāt obl. an except.

His præsuppositis quando quæritur, *An pacta adjecta producant actionem, an verò exceptionem?* Distinguendum est inter pactum de *substantia* contractus, & de *adminiculis*.

Regula de pact. circa substantialia contra consens.

Priori casu iterum distinctio, facienda inter contractus *consensuales*, & eos, qui *re* aut *verbis* perficiuntur. Consensualibus adjicitur pactum augens aut minuens, vel in continenti vel ex intervallo.

Si in continenti adjecta.

Si in continenti, reformat ipsum contractum, atque inducit novum ejusdem speciei, indeque prodest tam à parte actoris, quàm rei ad agendum. E. g. *si emptione venditione perfectâ statim de precio augendo vel minuendo conveniatur, hæc conventio non est pactum, sed nova emptio, utpote consensu super re & pretio noviter hic interposito, arg. l. 72. de contrah. empt.*

Si ex intervallo.

Si *ex intervallo*, vel res adhuc est *integra*, vel *non* est. Ubi integra, novus itidem fit contractus, *ut si in empt. vend. omnibus integris manentibus de minuendo vel augendo pretio rursum conveniat, d. l. 72. l. 7. §. 6. h.* Ubi res non integra, distingu. utrum pactum sit minuens vel augens: illud prodest reo, non actori, hoc verò nec actori prodest, nec reo nocet. *Ita si perfectâ emptione venditione res est tradita, & pactum adjectum, ut minoris nunc sit vendita, post modum petente venditore pretium, prius conventum, potest excipere emptor adjectum fuisse pactum minuens; nam pacta prosunt semper quoad exceptionem. Quod si fuit adjectum, ut pluris venderetur, venditor exinde non potest agere ad precium majus.* Atque hactenus nec prodesse dicitur hoc pactum actori, nec nocere reo, *l. 2. de rescind. vend.* & utroque casu saltim producit exceptionem. Quod contractibus adjicitur *stricti juris* qui *re* aut *verbis* perficiuntur, si in continenti, valet etiam ad agendum, *l. 4. §. f. h.* de quo *infr. adv. non stricti juris.* Si ex intervallo minuens, prodest saltem reo, ad excipiendum, ut in mutuo *l. 11. §. 1. de reb. cred.* in stipulatione per *l. 41. h. t.* Ubi notandum in mutuo, accuratè loquendo,

[illegible], [illegible] adjecta parte, quod & re nat, [illegible] 7.h.l.3. de usur. [illegible] de adminiculo [illegible] hujus regulæ. Prima [illegible] um adjectum [illegible] sive minuens, in [illegible] adjectum, [illegible] parte actoris, quam [illegible] rei, sive contra [illegible] actis juris. Ratio [illegible] vera [illegible] una est *cohærentia*, seu continentia [illegible] contractus, & unio q. mot [illegible] §.5.h.t. Exempla sunt *in l.13.comm.præd.l.1. l.13.C.h.t. l.24. deposit. l.lecta.de reb.cred.d.§.5.h.t.* Altera: pactum adjectum ex intervallo inest [illegible] item à parte rei non vero actoris, *d.l.* [illegible] §. 5 *h.* [illegible]. *C.eod.l.* [illegible] 2. *pr.de contr. empt.* Ratio est, quia cohærentia & unio hæc cessat, ideoque contractu subsistente, pactum nudum manet, inest improprie, *d.l.* 72.*l.7* §.5 *h.* & quoad effectum excipiendi, non verò producendi obligationem, *d.l.7.§.4.* Add. Merill.1. *var.ex Cujac.8.* D.P [illegible] *in C.h.n.* [illegible].

Non stricti juris) Sed contrarium verius est, per *d.* [illegible] § *fin. h.t.l.52. de V.O.* Nec Officit *l. 3. de rest. vend. l. lecta.de reb.cred. & l.27.C.h.t.* Nam *d.l.3.* agit de pacto *ex intervallo* stipulationi adjecto, *quod quidem inest saltim à parte rei, non tamen negatur, si in continenti adjiciatur, idem inesse à parte actoris, d.l.* [illegible]. In *d.l.lecta.* si illa penitius inspiciatur, pactum ad [illegible] *am prodest etiam actori.* Vid. Goddæ. *de contrah. & comm. stipul.c.8. n.37. & seqq.* Puta, *primus stipulatus erat à Secundo quindecim millia reddi post annum. Pactum continenti pactum stipulationi adjectum erat ut Secundus illa quindecim millia Calendis proximis redderet [illegible] hoc pacto Primus contra Secundum recte aget, quia secundum Paul d.l.lecta. pactum in continenti stipulationi adjectum, perinde valet ac stipulatio, i.e. non minus inesse creditur stipulationi, ac si stipulationis verbis comprehensum esset.* Ad *l.27.* respondet Bachov. *an not.* quod dicitur ibi pactum stipulatione comprehensum, idem esse *ac inesse stipulationi.* Exceptio tamen [illegible] mutuo, ut supra dictum. Nec [illegible] contra [illegible] 12. *& l.23. C.de usur.* Nam quod ibi ex pacto nudo debeantur usuræ, *jure singulari receptum* est in [illegible] bus, qui pecuniæ loco dantur, quod ipsarum pretium natura sit incertum; at semper pecuniæ æstimatio certa est, de quibus *de usur.* Cæterum hæc de pacto adjectis jur [illegible] ositivo Romanorum oppido in [illegible] ustissima ita se habent. Jure nat & gentium etiam canonico & moribus nostris, cum ex quolibet pacto efficax oritur obligatio & actio, etiam iis casibus, quibus reo saltem prodesset pactum adjectum olim ad excipiendum, nunc etiam prodesse ad agendum non dubitamus. Ex [illegible] eo si mutuo in continenti [illegible] pactum aug [illegible], quin hoc contra naturam [illegible], unde nec hoc obligationem & actionem [illegible] potest, 7. §.1. *h. junct. 17. eod.* Conf. [illegible] *d.t.de reb.cred.* V [illegible] *prac.* [illegible] *in prot. p.662. & seqq.* & D. [illegible] abot. *parat. el.* [illegible].

Cum muniuntur chirographo) Sed cum ex contractu chirographario quis obligatur, non obligatur ex [illegible] quia subest contractus nominatus, *arg. l.* [illegible] § [illegible] *in pr.§. h.t. junct. t.t.J.de lit.oblig.* e.g. si quis [illegible] numerationis scribat se debere pecuniam, quæ [illegible] numerata non est, nec intra biennium sit [illegible] itus de pecunia non numerata; tum ille ad pe[illegible] eam sol [illegible] ad non ex mutuo, nec quasi mutuo [illegible] mutui nemo vel ante vel post biennium [illegible] neque etiam subsistam habet, n[illegible] nu, [illegible] a quam contendit Bachovius) [illegible] *obligatur & actor* [illegible] *ad petendam [illegible] pecuniam in Chirographo* [illegible] *præm, is enim chirographum [illegible] habet conditionem chirographa-*

riam, arg. l.8. l.14. C.de non numerat. pec. [illegible] Merend. *Controv. Jur. lib.1.* [illegible] 47. & [illegible] *ad tit. de reb. cred.* Sed [illegible] *vestimentum* [illegible] ventionis jure gent. vel civili, sed [illegible] in *accidens* spectans *ad majorem rei evidentiam & probationem, arg.* [illegible] 17. *C.de fide Instrument.* Neque Officit *ad l.7.§.12.h.t. & l.38.de O. & A.* Nam [illegible] item constat, quod pacta & contractus in *scripturam possint deduci* & non minùs valeat quod literis [illegible] atum, si de consensu constet, quàm quod verbis prolatum. Imò [illegible] acto conveniatur, ne aliter valeat contractus, [illegible] in scripturam redigatur, nec tum scriptura de essentia contractus in se est, sed propter conventionem, *arg. d.l. 17.C.de fid inst.* Quod de judicio repetitur ante vel [illegible] mus notare supra *n.4 ad vers. tertio à forma.* Neque juvant A. *h.cit. ll.l.4.§ f.de fidejuss. tut. & l.40. §.1. h.t.* Quia in *d.l.4.§ fin.* fidejussor tutoris nomin [illegible] ius, si in judicio est, & *patitur* nomen suum ad acta referri, perinde quidem obligatur, *ac si jure legitimo esset stipulatus* sed causa hujus *non est judicium*, sed *fictio juris positiva*, qua stipulatio ob favorem pupilli & Magistratus (ne facile subsidiaria actione conveniatur) lege ipsa inducitur. Adeoque in *d.§.fin.non est pactum nudum* sed *contractus stipulationis.* Ad *l.49.§.1.h.* supra respondimus *ad d. vers tertio.*

Datis aut actionibus) Interpretatur A. Edictum de pactis servandis *in l.* [illegible] §.7.*h.t.* generaliter: Pancirolus *in thesaur. var. lection. lib 2.c.2.* [illegible] de pactis adjectis intelligit. Sed verior est sententia Dd. communis, quod sit tantum de *pactis nudis*, & quidem maximè *de non petendo seu liberatoriis*, ut sensus sit, Prætorem servaturum illa pacta quoad dandam exceptionem. Nam conventio privata, quæ de iis hic, vel legitima est vel juris gentium. De illa seu pactis legitimis Edictum propterea exaudiri nequit, quod de eorum effectu *in l.6.h.t.* & passim alibi dicatur. Juris gentium conventiones, quæ ob nomen vel causam obligationem & actionem [illegible] oducunt, olim habebant suam formulam, ut con [illegible] at *arg. l.1. in pr. Comm.* [illegible] *in pr. de pos. l.1 de præscript. verb.* Ideoque per se patet, ad eas minime pertinere formulam pacti in *l.7.§.7.h.* Ex pacto [illegible] adjectis d[illegible] ta sua formula contractus cui ac[illegible] esse, [illegible] constat, pertinere Edictum hujus tituli [illegible] nuda. Movetur tamen hîc Noster *t. per l. 44. §. 1. famil. erciſc. 2.* quod pactum conventum dicatur, quod contractui appositum [illegible] *de pact. convent.* Sed *verbum servatem d.l. 44. explicandum est ex subjecta materia; Licet enim d. l. significet idem quod servare quoad actionem, tamen ratio juris non admittit, idem etiam fieri debere in l.7.§.7.h. Deinde pacta conventa etiam ambiguè dicuntur, & generaliter quilibet contractus, ut in l.* [illegible] *proposito* [illegible] *sumpta pacta conventa pro pactis nudis vel* [illegible] *aliis contractibus & tunc fiunt adjecta pacta, v.g. circa emptionem vendit, per conventionem, d.t. C.de pact. convent quæ alias dicuntur pacta composita, d.t.* [illegible] *de pact. inter empt. & vend. compos. Vel absolutè, & denotant pacta nuda, quæ nihil aliud sunt quam sola conventio. l. 2. de transact. junct. l.15. C. eod.* Porro quod [illegible] A. Prætorem hîc exceptionem ex pacto, verum, est *ut dictum supra*, de jure prætorio, ut juri civili opponitur. Nam hocce jure nec exceptio [illegible] competit *l.5.* [illegible] *h.t. l.3. §.1. de constit. pecun.* Quod verò dicit solutum ex pacto nudo non posse repeti ad [illegible] exceptionem, illud est ex obligatione [illegible] subest, impedimentum conditionem, & [illegible] tantum in pactis obligatoriis.

Jure pontificio) Verissima hæc & æquissima [illegible] probatur *c.arg.c.* [illegible] *& 3. h.t. junct. c. cumque* [illegible] *ver.* [illegible]

Part. I. O 3 [illegible]

Nec judicii Resp. Wesenbecio

Edictum h. non est de pactis in genere, se de nudis saltem, contra Wes.

genduin.

cum ad hoc: de sent. ex comm. c. juramenti. 22. q. 5. 2. *Quod jus canonicum efficaciter obliget paciscentes ut jus naturale & divinum, c. fin. distinct. 9. c. dilecti de judic.* Gloss. & Felin. Sandr. in cap. 1. h. t. *Hisce autem juribus ex pacto nudo efficax oritur obligatio & actio F. & jure Canonico.* Actio autem inde descendens est condictio ex canone. Idem obtinet jure Saxon. per text. Landrechts l. 2. art. Vid. Molin. d. disp. 257. Cardin. de Lugo d. disp. 22. sect. 5. n. 36. & multis seqq. Ritteshus. de differ. jur. civ. & canon. p. m. 181. & seqq. Bachov. in Prot. p. 671. Gregor. Lopez. n. 9. Arnold. Vinn. de pact. n. 4. Verum tamen hoc jus can. de pacto animo obligationis inducendæ facto, relativo h. e. cum causæ alicujus expressione, arg. c. cautio. de fid. instr. *Ut si primus secundo promittat domum suam vendere, vel locare; si enim postmodum non sequatur venditio vel locatio, secundus agere potest contra primum, condictione ex canone ad interesse. Idem, si quis promittat tibi . propter obsequia præstita, vel ea tibi gratis donare, aut dare mutuo.* Cui consequens, quod paciscentes non possint pœnitere, & invito altero conventione recedere. Secus est si non sit conventio obligatoria, ut ait Lopez. 1. 27 & 23. seu, ut intelligo, si pactum *non sit relativum sed simplex h. e. causam non habeat. Ut si inter primum professorum Brunsuigam & secundum Hildesiam iturum, conveniatur ut simul iter faciant. Quamvis enim hic intercessit promissio, tamen non censetur adeo seria fuisse, & facta animo obligandi se & exinde, nisi sequatur.* In quo differt jus can. a civili; hoc enim ex pacto d. actionem causa licet non expressa dummodo paciscentes ver se voluerint obligare, ut post Sanchez. docet Card. de Lugo d. s. 5. n. 6. Nisi colligi ex verbis prolatis vel contestatione aut aliunde possit causa, v. e. donandi, tunc enim & Pontif. jure pactum valet. *Jung.* Angelus de Clavas. in summ. de cas. consc. v. pactum, in ensar. c. 4. dist. 38. & c. literarum. de vot. Molin. & de Lugo *loc. supr. cit.* Et quod jure Can. sic statutum, etiam moribus & in foro civili hodie obtinere, non est dubitandum. Wes. h. Unde nonc effectu parum refert, an stipulationem ut talem, vel ut pactum nudum valere velis, ceu præjudicio addncto. Scabinatus Lipsiensis, demonst. D. Carpzov. jurispr. for. pag. 2. cap. 19. d. num. 7. Et confirmat, quod ann. 1621. die 12. Mart. responsum ab Antecessorib. Facultatis nostræ Ba. ni de Platen, verb. s: Hat Engel von Vorstel Anno 1600. Mitwochs post Ægidii, mit Jochim Eicken von Plato ein pactum reciprocum unter jhren Handschrifften und Petschafften auffgericht derogestalt: daß der uf . . . . unter jhnen beyden von deß erstverstorbenden Erben ein tausend Thaler, die beste güldene Kette . . . . . das beste Pferd so auff . . . . . solche auff der . . . . . gehabt haben, fordern solte . . . . darauff den Engel von Vorstel zu erst mit Tode . . . . . und . . . . Jochim Ecker von Plato denselben auch gefolget, so sein dessen Erben die versprochene und stipulirte tausent Thaler sampt der Ketten und Pferde von den Vorstelschen Erben, auß denen von euch angezogenen Ursachen zu fordern . . . . . . mit den tausent Thalern damit zu bedachten Vorstelschen Erben . . . . haffter zu . . . . pen . . ten wol befugt. Addi potest, quod pactum nudum valeat quoque lege Baivvariorum t. 15. l. 13.

Contractus emphyteuticus Sed malè huc refert contractum *Emphyteuticum & feudalem* 1. quia ille proprius est, consensualis, & . . . transiverit in proprium commercii nomen, nominatus, *arg. §. adeo. de locat. conduct.* Joach. Hopper. *ad d. adeo. Inst. de loc. cond. vers. cum enim pacta.* 2. Idem verum de Investitura feudali. Indeque nominatam actionem producunt Emphyteuticanam & feudalem; quia posito contractu nominato etiam poni actionem nominatam necesse est, *arg. l. 1. de præscript. verb. vid. not. infr. ad tit. . ag. vectig.*

N. X. *Stipulationes ac juramenta*) Sed 1. stipulatio accedens contractui b. f. propterea non fit b. f. sed stricti juris manet, *arg. l. 5. §. 1. de action. empt. junct. §. 29 de action. & l. 99. de V. O.* 2. In juramento quidem hoc obtinet, sed propterea quod sit accessorium . . . . . ritus obligationis, per se non inducens obligationem, *arg. l. 7. §. 16. h.* quod secus in stipulatione. Nec officiunt *l. ult. C. de non num. pec. & l. fin. qui sati. d. cog.* quia loquuntur de juramento. Ut ne . 4. *de usur.* nam stipulatione adjecta emptioni, rem dari, vacuam possessionem tradi, fructus quidem possunt pe . . . . . nisi postea capti, i. e. post litem contestatam, quo etiam ro actione ex stipulatu connenitur, *l. 38. §. 7. cod.*

Pactionum obscuram) Nec officit *l. 66. de judic. l. 172. §. 1. de R. J.* ubi interpretatio fit contra reum. Loquuntur enim de eo qui aliquid dicit obscurum in judicius, & tamen differentiæ elegans est *in l. 83. §. 1. de V. O.* Neque etiam mutat *l. 24. de contrah. empt.* in qua pro venditore contra emptorem interpretatio fit propterea, quod emptio venditio non erat non simplex, sed generalis, aut alternativa, ubi electio est debitoris, qui hoc in casu est venditor. Addelis Cardin. Mannc. *lucubrat. Vatican. de tac. & ambig. conv. lib. 24.* de tota materia.

N. XI. *Dolus*) Distinguendum est inter pacta nuda & vestita. Quoad illa verum est, quod A. ait, pactum dolo factum non esse ipso jure nullum, 1. quia eliditur per doli replicationem *l. 9. C. h. t. l. 19. C. de trans. t.* 2. quod hæc pacta sint stricti juris; *arg. l. 6. de V. O. l. h. t.* Quoad hæc distinguendum inter contractus b. f. & stricti juris. 2. Inter . . . . eaosam . . . & incidentem, de quibus *ad tit. de dol. mol. & tit. quod met. caus.* dicetur.

Quod liberatur.

TITULUS XV.

De Transactionibus.

PACTUM . . . transactio, quæ . . . . initio ad litem definiendam interponi sol . . . . compositum . . . . *l. transact.*

[illegible] tiosa partium [illegible] compo- itur [illegible]. quo significatu, [illegible] ju- [illegible] hoc modo [illegible] *l. ut unt, 13 de verb signif.* [illegible] quippiam, *l. transactio, 38. C. eod.* pro actione oblatum, *gloss. in l. verb. tran.* [illegible] & [illegible]; nam tran[illegible] situs est, seu transitio ut appellant Dd. a lite intentata vel intendenda. *Ias.* [illegible] *Bart. & Dd. in* [illegible] *C. eod.* quanquam [illegible], etiam reus transigere dicitur [illegible] *eod.* [illegible] *l. ut responsum, 1. C. eod.* aut redimere, *l. sub praetextu, 19. l. pro fundo,* [illegible] *eod.* aut decidere, [illegible] est. [illegible] significatu transactio sic definitur. Ut sit rei dubiae, & litis incertae, neque finitae [illegible] conventa, differt eam a sententia, quae [illegible] contentionem [illegible] fertur & neg[illegible] *verb. oblig.* Adjectio rei dubiae, discriminat a pacto, quod super re liquida & indubitata fieri diximus, [illegible] *hoc tit.* [illegible] porro & ad hun[illegible] non incommode definiri potest: Ut sit contractus [illegible] *hoc tit.* [illegible] *& Dd* [illegible] *eod.* [illegible] [illegible] hoc, distr[illegible] juris gentium, *Bar. in l. 3 causa, 32. C. eod.* innominatus [illegible] *de* [illegible] *l.* [illegible] 28 [illegible] *& 23* [illegible] *idem la. in Rub. de* [illegible] quo[illegible] & [illegible] *praetextu, 29. C. eod. Bal. in* [illegible] *in summa, 65. in prin. de cond. indeb.* [illegible] *Alex. in Rub. C. eod.* aliquo contra dato aut [illegible] & fin[illegible] jure [illegible] actionem, sed tantum ad [illegible] exceptionem prohibens. Dico esse contractum, [illegible] *nationis. 7.* [illegible] *C. de his. qui vi* [illegible] *l. contractus, 16* [illegible] *de fid. instru.* quia propria contractus attributa, trans- [illegible] sunt: nempe mutuum [illegible], *l. Labeo, 19. de verb.* [illegible] & qu[illegible] compendii causa *l. actionum, 24.* [illegible] *l.* [illegible] *voluntate, 8. C. de rescind. vend.* Cum igitur transactioni definitio [illegible] sequitur, & definitum eidem convenire. Quanquam fatendum est etiam div[illegible] [illegible] esse, quod priorem obligationem, seu actionem distrahat. hoc tamen ad finem, & effectum tantum transactionis, non ad [illegible] pertinet, quae dare [illegible] *l. tubianus, 9.* [illegible] *si quis remiss. ff. ad exhiben.* Quare [illegible], aut pactum novissimum, quo distrahitur ac tollitur [illegible] *pacta novissima,* [illegible] *C. de pact.* non distractus, sed alia o[illegible] renovatus contractus, alia emptio, no- [illegible], &c. dicitur [illegible] *juris gentium, 7.* [illegible] *verb. quasi renovatus* [illegible] *emp.* [illegible] *verb.* [illegible] *l. pacta* [illegible] *novam obligationem de* [illegible] *contrah. empt. l. si unius,* [illegible] *pactum, ne peteret* [illegible] *de pact.* [illegible] q[illegible] pro di[illegible] liberatorio quis habeat, quod & Bart. & alii nonnulli existimarunt, *Bar. & la.* [illegible] *causa, 32.* [illegible] [illegible] actus [illegible] comprehendebatur d. l. contract[illegible], de fid. instrum. ubi a contract[illegible] distinguitur, quia [illegible] distrahebat, non obligabat: vel pacto, quod nec distraheret, nec obligaret. At hodie cum obliget, [illegible] transactionem dici contractum posse, licèt non inficiar alio respectu distractum etiam esse. qua [illegible] di- [illegible] tionis cum sit principalis, *l. 1. hoc tit. l. 2. C. eod.* ab eo distractus censeri potest. Addo, esse juris gentium. *l. 1. § 1. de pact.* [illegible] quorum, qui contentio [illegible] *fin. de pact.* [illegible] *in fin. de contr. empt.* [illegible] contractum innominato- [illegible] facias: ut quos transactio meruit, *l. cum mota,* [illegible] *C. eod.* [illegible] juris gentium conventiones referun- [illegible] *in fin. prime de pact.* Adjicio, innominatum, ut habet communis opinio, *Bart. Ang. Ias. in* [illegible] *& l.* [illegible] *Bal. in Rub. C. de rer. permutat.* etiamsi Coratius in contrariam partem multa disputet, *Miscell. lib. 1. cap. 25.* nam nec [illegible] contractu[illegible] hujusmodi nominatur, neque nomen speciale, sed generis retinet, ut permutatio: nec certam formam ha- [illegible] A[illegible] [illegible] dat actor quandoque reus, nonnunquam uterque, interdum aliquid actor remittit, dat reus: interdum uter- que [illegible] sus varie, *l. si super, 9. C. eod.* ut certa nominataque actio dari hinc non possit: ut nec ex permutatione: cum qua magnam [illegible] transactio affinitatem, *l. 2. l. si profundo, 33. C. eodem.* Addo, stric[illegible] esse juri[illegible] *vide l. & Dd. in d. l. sub praetextu, 29. & in Rub. de pa[illegible] & [illegible] eod.* quia & reliqua pacta, ut superiore Tit. diximus, ejusdem qualitatis sunt [illegible] quod Duarenus putat. *ad tit. de in lit. jur. num. 12. &c.* judi[illegible] tantum, non etiam contractus stricti juris, vel bonae fidei [illegible] petitis textibus refutatur. *l. eum qui, 22. de dona. l. ut bona.* [illegible] *C. de pact. l. 3. C. com. utriusque judi. l. si unus, 27. § pactus, in verb. in b*[illegible] *judic. contra, lib. de pactis.* Reliqua, quae in [illegible] tion[illegible] sequuntur, ad formam & differentiam pertinent.

Partes transactionis sunt duae: Remissio litis, & pro remissione, alicujus rei praestatio. *l. transactio, 38. C. eod.* quanquam Dd. [illegible] *post glo. & alios. in l.* [illegible] *num. 15. hoc tit.* ad essentiam transactionis tria requirunt, veluti partes praecipuas, ex quibus constet. Rem [illegible] (ne[illegible] sufficeret aliunde, quam ex lite, dubium oriri) & alicujus rei pro litis remissione, praestationem. Species [illegible] utilitate ponuntur duae: videlicet simplex, & alia, quae Aquiliana stipulatione munita est, *gl. pen. & Dd. in l.* [illegible] *causa, 32. C.* [illegible] *Bart.* [illegible] *Ias.* [illegible]. Potest & transactio distribui in generalem, *l. sub praetextu, 29. ubi glo. C. eod.* & specialem *l.* [illegible] *l. si de cer-* [illegible] *C. eod. l. qui cum, 9. hoc tit.* item in juratam & injuratam, *l. si quis major, 41. l. pen. C. eo.*

> 3. Quotuplex sit transactio, ejus partes & species.

Causa efficiens transactionis, est consensus, *l. interpositas,* [illegible] *ver. consensu terminata, l. non minorem, 20. l. cum donationis, 34.* [illegible] *C. eod.* [illegible], Dubius litis eventus, *l. quod debetur, 51. de pecul. glo. in l. Lucius,* [illegible] *fin. ad S.C. Trebell.* qui u- tramque partem sollicitam habet. Transigere verò cuncti possunt, qui pacisci, hoc est, qui consentire possunt, & mente sana sunt, q[illegible] corpore aegrotent, *l. fanum, 27. C. eod.* Procuratori sine spe[illegible] mandato transi[illegible] non licet, *l. qui ad agendum, de procur.* [illegible] *urandum,* [illegible] *fin. cum ll. seq. l. jusjurandum, 34.* [illegible] *de jure jur.* et a[illegible] liberam [illegible] habeat agendi potestatem, *l. procurator, 36. de procur.* quia agendi, non etiam decidendi potestas illi facta est. [illegible] *tran. actiones, 7. C. eod.* n[illegible] datus sit aut cum speciali ad hoc man- dat[illegible] *l. jusjurandum,* [illegible] *fin. cum l. seq. l. jusjurandum, 34.* [illegible] *de jure jur.* aut in rem suam, *d. l. jusjurandum, 17. § fin.* [illegible] [illegible] *de procur.* aut omnium bonorum procurator. *Hoc tres ca*[illegible] *gl. in l. transactionis,* [illegible] *C. eo.* Nam [illegible] alienare [illegible] potest & transigere. *l. procuratore cui, 58. de procur.* Tutores, procuratores, [illegible] vasalli & simi[illegible], quibus magna ex parte com- [illegible] interdicta est alienatio, *l. 1. C. de praed. min. extr. de his, quae fiunt a praelat. & de reb. Eccl. non alien. & de prohib. feud.* [illegible] *feud.* quamvis tran[illegible] possunt: *vide gloss. Bartol. & Dd. in l. praeses, 12. C. eodem.* non tamen contra l[illegible] prohibitio- [illegible] donare [illegible] alienare possunt: [illegible] *C. de praed. min.* [illegible] *de* [illegible] [illegible] *tres casus in vasallo tran*[illegible] *distinguit,* quod & in patr[illegible] bona liberorum administrantis, ve- [illegible] *si pater, de re*[illegible] *vide Salic. Ias.* [illegible] *in d. l. praeses. C. eod. l. de re* [illegible] itemque in administra- [illegible] atque totus, res civitatis immobiles, sine [illegible] superioris, aut publico omnium [illegible] [illegible] *l. fin. C. de vend. reb. civit. lib. 11. vide inf. de ad rer. ad civit.* Quamobrem hujusmodi ad[illegible] transi[illegible] endo vel alienare vel donare aut (quod [illegible] inde est, *l. si quis,* [illegible] *ubi Bart. l. de novat.* [illegible] [illegible] *praes.* [illegible] *eod.* [illegible] *de pact.*

> 4. Causa efficiens [illegible] qui transigere [illegible] vel non.

M[illegible] sunt res dubiae & [illegible] *hoc* [illegible], de quibus lis est, vel esse potest, [illegible] *ubi la. & Dd. C.* [illegible] *de re jud.* [illegible] & [illegible] quare amplius [illegible] neque [illegible] *pen.* [illegible] *de condict. indeb.* [illegible] *de verb. oblig.* [illegible] judicata transigi nequit, etiamsi pacto remitti [illegible] possit, *Paulus Sen-* [illegible] modi liberatio, agi in transactione non [illegible] appareat [illegible] *l. de pac. l. si quis de novat.* ideo in contra[illegible] *vid. Bartol. in d. l.* [illegible] *causa, verb. la. & Dd. in l. tale, 41. de pact.* [illegible] [illegible] *de acceptil. vide ind. l. tale.* [illegible] [illegible] ne quae pub[illegible] ideo definita sleut, & [illegible] *de cur. fur. d. l. contra de pac.* [illegible] [illegible] empt. [illegible] repudia[illegible] [illegible] quem non impedit [illegible] *ad [illegible] nomen tosi aper quas tamen* [illegible] *cap.* [illegible] callid[illegible] veniunt, & [illegible]

tum

Doli replicationem elidetur: *l. sub praetex. n. 19. C. eod.* si verò prima actio sublata sit, vel per Aquilianam stipulationem. *d. l. 4. d. l. sive* vel quod ejus est generis, ut cum persona extinguatur, nisi sit praeparata, cujusmodi est Inofficiosi querela: *l. cum mater. 6. C. eod* quam licet pater ad suos haeredes transmittit, *l. si quis filium. 14 C de inoff testam vide infr titu de in off testam.* tamen secus erat olim in matre, *d l. cum mater* quae liberos non habet in potestate: *§ foemina Instit. de adop.* his casibus, siquidem non impletum sit quod convenit, potest agi praescriptis verbis: *d l cum mater 6. l cum proponas. 17 l si profunda. 33. C. eodem* quae actio non datur ex jure conventionis: sed quia traditione & praestatione ejus quod a sua parte convenerat, agens sibi alterum obligavit: *l. jurisgentium, 7. in prin de pa l. 5 de prascr. ver* sicuti usitatum est Traditionibus pacta vestiri. *in Traditionibus, 4 de pac. ubi vide supr titul.* 1. Et enim illud perridiculum est dicere, actorem nunquam a sua parte transactionem implere, & proinde non habere civilem actionem: quia qui hodie non agit, cras agere potest. Nam actor qui actionem remittit, verè a sua parte implet: nec videtur posse agere, qui perpetua exceptione semper potest repelli: *l Marcellus 66 l non videtur cepisse. l nihil interest. de regul jur. l. debitor. 108 de verb signific,* & ea remissio, juris interpretatione pro datione habetur, perinde atque si aliquid reo dedisset: *gloss in d l sive 28. ad verb certum C eod per l si mulier. de cond. caus da l si quis, de novat* qui velut ex donatione liberatur. Quare nec obstat quod alibi dicitur, Ex contractu, Facio ut Des, non dari Praescriptis verbis actionem: *l. 5. § quod si faciam. de praescr. verb.* nam de mero facto, unde ad alterum nihil pervenit quo obligetur, I. C. loqui praecedens manumissionis exemplum ostendit. Sed, inquies, cur in transactione non conceditur liberatio, perinde atque in reliquis contractibus innominatis? *L. si quis accepto. 4 l. 3. 5 de cond. caus da* Dd. id tradunt, favore minuendarum litium inductum, esse. *l. fratris, 10 L. causas 16. C. eod.* Ego potius arbitrer: liberationem quae civilis est, eodem utrobique modo condici: videlicet non condictione Causa data, quae naturalis est, *l. verum, 5. in fin. ff. de rer. amot. l. indebiti, 5. de cond. indeb.* sed actione civili Praescriptis verbis *l. ob eam, 9 ff de praescrip verb cui* condictio naturalis inest: agi enim potest, ut aut promissa impleantur, aut rescissa liberatione restituatur obligatio pristina. *l 1. & l 4. § fin C de rer. permut d. l ob eam 7. de praescr. verb* Eodem sensu haud absurde, meo quidem judicio, per obscuram illam Principum constitutionem, *l. ubi 40. C. eod.* interpretabimur: si dicamus, subsecuta Aquiliana stipulatione, tam ab actore quàm à reo (ut utraque in persona, ea constitutio locum habere intelligatur) aut subsecutis aut conventis accommodandum esse consensum, & promissa implenda: aut poenam (quae scilicet conventa sit) una cum iis quae data ab adversario probantur (dat autem non modò reus, sed etiam quandoque transigendo actor. *l. si super 9. C. eodem*) ante cognitionem causae (quae proposita Praescriptis verbis actione inducitur) esse inferendam: idque si adversarius voluerit. Nec enim ipso jure contentus esse cogitur poena, & iis quae a se data sunt, restitutis. Nam Praescriptis verbis actioni quanquam condictio (ut diximus) adjungi & inesse potest alternativè, *d l ob eam, 9. de praescriptis verb. L 4 C de rer. permut* & quamvis ab ea liberetur, reus refundendo quod accepit: *d. l jurisgentium, d. L 5 & tot titul. de praescript. verb d. l. 4. C. de rer. per.* tamen quia conclusio actionis praescriptis verbis praecipua est, ut contractus impleatur, & purè sic intentari potest, *L fin. C de rer. permut.* (sicuti pleraeque actiones civiles non ad rescindendum, sed ad implendum contractum competunt *l venditi actio, C de act empt.*) ideo invitus actor non cogitur ab intentione suae actionis, nempe praescriptis verbis discedere, etiamsi redhibitionem & poenam altera pars offerat. Neque enim ea oblatio ad implementum, sed ad rescissionem contractus pertinet. Rescissio autem & poenitentia in contractibus innominatis tantum ei qui dedit, conceditur: non illi qui accepit, & accipiendo se ad implendum jam obligavit *glo. in l si pecuniam, 5 verb sed cum liceat, de condic caus. dat* Quare non obstante tali oblatione, ad implendam contractus fidem agi potest: donec judex scilicet, per sententiam aliter statuat: atque ita non ipso jure, sed Officio evocat & consequatur, ut redditis quae accepta erant, praescriptis verbis actio tollatur *d l. ob eam 9. verb. judicis off. de praescr. verb* Cum enim officium judicis non habeat locum ante litis contestationem, *l aediles, 35. infr. item de aedilic edic* non potest diminuere aut officere juri volentis agere: id quod ex officio judicis postea accedere potest: nec repellendus est actor a limine judicii, quasi reo parato solvere, qui poenam, & quae accepta sunt, offert. *l. si debitori, 21. de jud* Haec enim propriè non petuntur actione. Praescriptis verbis, sed impleri contractus fides (ut dixi) postulatur: quare nec hâc oblatione fatetur intentionem, & offert veram actionis solutionem reus: & proinde nec invitus actor cogitur oblata a reo recipere, nec quasi reo volente satisfacere, *ut in d l si debitori* jure illo agendi videtur privandus. Eamque puto esse causam, cur in constitutione *d l ubi* ea verba, SI ADVERSARIUS HOC MALUERIT, sint addita: scilicet quòd ante litem, ad id nisi volens pertrahi potest. Sed de ejusmodi fortassis obicibus opportunius alias commentabimur. Dixi porrò, actionem Praescriptis verbis dari, quando quod conventum est, non praestatur. Itaque hoc siquidem impletum sit. & tamen dolo alterius alter deceptus inveniatur: non dabitur praescriptis sanè verbis actio (nec enim potest, impleta promissorum fide) sed tantum de Dolo intra praestituta tempora poterit agi, *L 4. l sub praetextu. 19 C eod.* Sed hae distinctiones hodie minus videntur obtinere posse, cum ex nudo pacto atque ita etiam ex transactione detur actio, *vide supr. de pact.* Illud quoque ad effectum transactionis pertinet, quod ajunt: in ea poenitere non licere, *l quamvis, 39 C eodem* velut in reliquis contractibus Innominatis: *l 3. L si pecuniam, 5. cum simil. de cond caus dati* idque specialiter in transactione contra horum contractuum naturam, inductum esse volunt Dd. ut sit aliquis litium finis *l. fin. in fin C. de fid instr l si fratris 10. C eod.* Ego verò nullum, aut perparvum sanè discrimen hac in parte subesse reor. Nam quod dicitur: *d. l quamvis.* Eum qui litem remisit, quamvis statim poeniteat, instaurare litem non posse; id tralatitium puto esse in omnibus ejus generis contractibus innominatis: ut scilicet quamdiu adversarius aut vult aut potest implere quod promisit, poenitere nequeat is, qui à sua parte implevit, hoc est, aut remisit, aut dedit aliquid: *d. l. si pecuniam, versic. cum per te non steterit potest dici repetitionem cessare. de cond. caus. da.* Nam etsi qui dedit, poenitere & condicere potest, quandiu contra nihil accepit quo obligetur: tamen adversario parato adimplere, obstabit illi conventionis exceptio: *vid. supr de pac.* Quòd si verò reus implere conventa nolit, aut non possit: hic non modò in reliquis contractibus innominatis, sed etiam in transactionibus ita agi potest, ut aut impleantur promissa, aut quae data sunt, reddantur, & res tota perinde atque si transactum non esset, in integrum restituatur. *d. l. sive, 28 cum similib. C eodem.* Caeterum ubi ab utraque parte contractus rebus impletus est, non modò in transactione, sed in reliquis contractibus innominatis exclusa est poenitentia, & volenti repetere, obstabit contractus exceptio: quae sola reo datur hoc casu, non etiam eorum quae dedit (nisi adversario volente *l. ubi 40. in fin. C. eod.*) repetitio *l. cum proponas, 17. C. eod.* Et haec quidem vis est, & effectus transactionum simplicium. Nam Aquilianam (ut dixi) actionem ipso jure tollit, nec ullum poenitentiae locum relinquit, *l. 4. hoc titul l sive cum similib. C. eodem* In jurata porrò transactione, etiam hoc amplius est, quod qui contra eam venit, amissione juris sui, atque adeò existimationis, plectatur, *l si quis major, 41. C eod*

8. Affinia & contraria

Affinia maximè transactioni, sunt Pactum, *L 1. hoc tit.* Compromissum, *glo. in c. 1. in Auth. ut diff. jud. Jas post Bart. in Rubr. hoc titu. num. 13. & 14. & in l si causa. 32 C. eod.* Contractus innominati, *l. sive, 28 ubi Jas. l 6. C. eod* Divisio, *l tres fratres, 36 supr. de pact l. 2. l. cum proponas 21. C eod* Res judicata, *l non minorem, 20. C eod* Contraria: Error, *l. sub praetextu, 29. C eod.* Metus, *l interpositas, 13. C eod.* Dolus, *L 4. l sub praetextu, 19 l sive, 28. C. eod* Falsitas, *l penul. C. eodem* Error impedit transactionem, quia consensus deest: *l si per errorem, 15 de jurisdict* metus retractat per in integrum restitutionem, quoniam edictum Rescissorium est, *vide infr. titul. de eo quod met. caus.* Praetore non habente ratum, quod metu gestum est. Dolus quia quadantenus in contrahendo permittitur, *l. in causa, 17. § pen. de minor.* neque consensus est expers: ideo non rescindit transactionem, sed purgatur aut exceptione, aut replicatione, quando prima actio superest, *L sive 28. hoc tit.* aut actione Doli illa extincta: *l. 4. d. L sub praetextu, 19.* nisi dolus in Falsi, *l. pen. C. eod.* aut Calumniae crimen *l. in summa, 65. de cond. indeb.* incidat. His enim casibus, ob maleficium improbe commissum, transactio quasi imperfecta aut per concussionem extorta, retractari officio judicis debet. *vid. in l. pen C. eod.* Sed an ob laesionem immodicam illa rescindi possit, non modò à minoribus, *l. si, superstite. 5. C. de dol. mal.* sed etiam majoribus 25. annis, cum ultra dimidiam scilicet partem justae aestimationis, seu juris laesi probantur? *ex L 2. C. de res . vend.* Sanè si non tantum super dubio litis, sed super casu & dubio mortalitatis eventu transactum sit, restitutio non dabitur: quia nec laesio subest, *l. de fideicommiss. 11. C. eod.* quantumcunque enim acceptum sit, tamen potuisset minus accipi, contrario casu eveniente, *Castrens. in d l. de fideicommiss.* Verbi gratia: Si fideicommissarius, cui post mortem haeres rogatus est restituere, in praesens modico accepto transigat. Potuit enim nihil accipere, quia potuit ante haeredem mori: *vide tit. quand. dies leg. L unic. C. de cad. tollen.* eoque laesus non videtur, nec remedium l. 2 habet: *hic est casus l. lucius 78. §. fina. ad SC. Trebellian* praesertim si postmodum cognitis planius haereditatis viribus, reque tota diligenter explorata super ipsa laesione transegerit. Sed cum de dubio tantum litis eventu transactum est, an ob laesionem immodicam agi possit, variè disputatur. *Jas. in L. si quis cum aliter, de ver. oblig.* qui diligentissimè quaestionem hanc excussisse visus est,

concludit

concludit post alios quos nominat in transactione id genus remedii cessare: eamque affirmat sententiam esse communem *idem decisio Neapol.* 220. *num* 3. Sed in nostris Curiis, usu servatur contraria Bart. sententia, *l. si quis cum aliter,* 38. *num.* 1. *de verb oblig.* & *in l.* 2. *C. de resc. vend. numer.* 7. tanquam æquior & humanior; ut si quis in certo jure, puta hæreditate dividenda, probare possit, se transigendo ultra dimidiam partem ejus quod consequi probabiliter potuit, læsum esse, ei remedio *d. l.* 2. succurratur. *Dec. consil.* 6. *vis. o. num.* 4. & *consil.* 597. *num.* 10. *Corn. consil.* 27. *propem. lib.* 4. *Schurff. consil.* 10. *versicul. numer.* 16. & 17. *cent.* 3. & *consil.* 16. *c...us. num.* 17. *cent.* 2. & *consil.* 97. *pro magis clariore, numer.* 12. *cent.* 3. Quo rectius damni supra dimidiam æstimatio refertur, q... n si ad incertum dubiumque litis eventum, quomodo probari nequit, referatur. *l. quod. debetur.* 52. *de pecul. gloss. d. l. Lucius.* 9 *fin. ad Trebell.*

OBSERVATA.

Transactio est actus.

N. I. *Pacti species*) Transactio, ut infra probabimus, propriè non est conventio, aut pactum, sed actus seu negotium quod per conventionem perficitur. Quin & si esset conventio, malè hic diceretur species pacti, & mox *n.* 2. contractus innominatus.

N. II. *Omnes actionem humanarum*) Verùm ex nullo textuum allegatorum probari potest, actiones in genere denotare actiones humanas: sed in leg. citat. significant jus persequendi debitum. Cæterum *Verbum* transigere dupliciter accipitur, 1. pro *finire, terminare, conficere, expedire negotium.* Ita legitima tempora transacta dicuntur, *in l.* 18. §. 4. *de dol. mal. l.* 46. *de R. V.* 2. specialiter & magis juridicè significat, *litem dubiam finire,* ut *in l.* 1. *h. t. l.* 38. *C. eod. l.* 3. §. 1. *ad L. Falcid. l.* 229. *de V. S.* At verbale Transactio eodem modo dupliciter non accipitur, sed tantùm in sensu juridico pro *decisione rei dubiæ,* seu litigiosæ, *d. l.* 1. *h.* etiam in vernacula, Vertrag. Vid. Christoph. Besold. *th. pr. v.* vergleichen *n.* 20. & *v.* vereinigen. *n.* 15. Nec officit *ll.* hoc nomine ab Acumulatæ, quibus & muveri videtur Card. Mantic. *de tac.* & *amb. conv. l.* 26. *l.* 1. *n.* 1. Nam *l.* 229. *d. V. S.* agit de verbo transigere in speciali significatiune. In *l.* 2. *de jurejur.* juramentum dicitur speciem i. e. *similitudinem* continere transactionis, non verò de eo prædicatur transactio ut genus. Eodemque modo intelligi potest *l.* 31. *eod.* vel etiam illa cum *l.* 1. §. 3. *de pact.* referri ad significationem verbi transigere generalem, *arg. l.* 17. *ibi: negotii dirimendi causa. C. h. t.* Denique *in l.* 35. *de pact.* Transactio pactum vocatur per metonymiam. Porrò sententia, transactio & juramentum *nomine generis conveniunt,* quod sint *decisio.* differunt verò formaliter & *modo decidendi.* Quia *transactio* semper fit *per conventionem,* aliquo *dato, retento, vel promisso, l.* 38. *C. h. Sententia* per *pronunciationem judicis* condemnatoriam, vel absolutoriam, *l.* 1. *de re jud. Juramentum* per *nominis divini invocationem.* Pactum à trans. ut differat, notare antevertimus *supr. t. de pact. n.* 2. *ad vers. quibus vot.*

Verbum transigere accip. dupliciter.

Sed verbale transactio tantum uno modo, contra Wesenb.

Differenti. int. transact. & juram.

Etiã reus propriè transigis.

Καταχρηστικῶς *etiam reus*) Sed non minùs propriè & reus transigere dicitur; & quia aliquo dato, retento, vel promisso à lite vel re dubia potest recedere (in quo formale transactionis, *d. l.* 38.) & quia hoc omnino jubet natura correlatorum. Nec quicquam quam in contrarium probat *text. cit.* quia etiam verba, pacisci, redimere, decidere, æquè prædicari posse, de reo ac actore iralantium est.

Rejicitur definitio transact. Wesenbeciana quã laudat Bachov. Datur alia & exponitur.

Sic definitur) Laudat hanc definitionem Bachov. *ad Tr.* 1. *disp.* 7. *th.* 1. *A.* & *in notis.* hîc ait, Wesenbecium verius quicquam penè in toto opere non scripsisse. Verùm si rem exactius perpendas, ista definitio vitio non carebit. Nam 1. etiam quoddam pactum potest esse de re dubia, *arg. l.* 18. *C. h.* 2. non habet illa differentiam specificam, quæ est, quod omnis transactio fiat *aliquo dato, retento vel promisso.* Neque 3. pactum aut pactio hic genus adæquatum dicendum est propter IV. argumenta à Bach. *d. l,* rectè adducta. 4. Sunt quædam negotia quæ non uno modo perficiuntur, ideoque per actum commodius finiuntur, quàm per modos per quos fit eorum perfectio, ut est donatio, juramentum, decisio, *arg. l.* 19. *d. V. S.* Et transactio significat finitionem litis, non modò in judicium deductæ, *l.* 17. *l.* 33. *C. h. t.* verùm etiam quæ deduci in id in futurum metuitur, *l.* 2. *C. h.* Hæc enim itidem deciditur transigendo, neque sic tantùm impeditur sed & perimitur lis futura judicialis, quia ipsæ partes jam ante transegerunt & sic deciderunt, ut judicis decisione non sit opus. Nam transactione perfectâ pœnitere non licet, sive propter timorem litis sive litem judicialiter motam facta sit. Atque ita disertè decisio dicitur & illa transactio quæ facta à creditoribus & aliis timore litis futuræ, *in l. pen. de adm.* & *peric. tut. l.* 3. §. 1. *ad L. Falcid. l.* 11. *C. h. t.* Hinc ex tali quoque transactione oritur exceptio litis finitæ, decisæ, eademque ipsum etiam impedit litis ingressum: Nam exceptioni rei judicatæ similis est transactionis exceptio, *l.* 20. *l.* 10. *l.* 16. *l.* 28. & *C. h. t.* Joh. Zaug. *de exc. p.* 2. *c.* 16. *pr. n.* 1. & *seqq.* atque ipsum etiam impedit litis ingressum si ante lit. cont. opponatur. *dd. ll.* Hinc rectius definitur: *Rei dubiæ aut litigiosæ, aliquo dato, retento, vel promisso, conventa decisio.* Decisio dicitur *in d. l.* 33. *C. h. l.* 3. §. 1. *ad L. Falcid. l.* 7. *l.* 17. *C. h. t.* & *aliis supra citatis. Conventa;* quia non est ipsa conventio, sed aliquis actus qui per conventionem perficitur, *arg. l.* 2. *h.* Hæc conventio autem vel est *pactum nudum, d. l.* 2. *l.* 15. *l.* 17. *C. eod.* vel est *contractus:* & vel nominatus, ut stipulatio, *d. l.* 2. 4. 5. *h.* vel innominatus, *arg. l.* 33. *C. eod.* qui & stipulatione quandoque firmatur, *l.* 3. *d. l.* 6. *l.* 15. *C. h.* Aliud itaque est *modus transigendi,* aliud *ipsa transactio,* ut aliud est *modus decidendi,* aliud *ipsa decisio.* Ideoque quando transactio in *hoc t. ff.* & *C.* passim dicitur pactum, item contractus, hoc non fit propriè, sed per metonymiam; quod non animadvertens Filliuc. *qu. mor. tr.* 39. *c.* 8. *n.* 127. eundem cum aliis errorem erravit. Porrò pacto fit transactio, si *nudo pacto actio remittatur,* & citra *stipulationem nudo pacto quid promittatur,* per *l.* 2. *h. l.* 15. *l.* 25. *C. eod.* Contractu nominato, cum *cum interveniente stipulatione* & *acceptilatione,* pro remissione aliquid promittitur, *l.* 6. *l.* 33. *C. h. t.* Contractu innominato, *cum aliquid fit, vel datur, ut à lite discedatur,* aut actio acceptilatione remittitur, ut aliquid fiat, vel detur, *dd. ll.* Remittendum autem aliquid est *ab utraque parte.* Nam si totum aufferretur, ex parte actoris *donatio* esset vel repudiatio, *l.* 3. *l.* 18. *C. de donat.* ex parte verò rei sic remittentis, *solutio* & quædam compositio, ut rectè Molina 2. *disp.* 556. *n.* 4. Cæterum quæ de discrimine pacti & trans. subjicit A. non rectè sic habent. Res dubia & objectum esse potest pacti liberatorii, *arg. l.* 18. *C. h. t. l.* 29. §. 1. *de donat. l.* 18. *C. eod.* Nec refragatur *l.* 1. *h.* quod enim ibi dicitur, pactum esse de re certa & indubitara, non est de forma pacti, nec verum universaliter, propter *dd. ll.* Add. *supr. p. t. n. E.* ubi *d. l.* 1. explicavimus, & *p. t. n.* 2. Reliqua etiam h. n. ad finem usque multâ animadversione indigent. Nam 1. Eadem res malè definiut per pactum & contractum, 2. Transactio non est contractus; E. nec innominatus; Non obstante quod in contrarium affert Molina *de I.* & *I. d.* 556. ut nec *l.* 1. §. 3. *de pact.* ad quam respondimus

Quando fiat per pactum.

Quomodo per cõtractum.

Plura notanda in autore.

dimus supra sub *v. hujus initium* 3. Stricti juris in se est transactio, (non ut contractus) cum conventio, quâ perficitur, pactum vel contractus, non semper sit ejusdem conditionis 4. Non modò aliquo dato vel remisso, sed juxta *l. 38. C. h. t.* semper fit aliquid vel dato, vel retento, vel promisso. Reus enim dat vel promittit aliquid, ut ab actione recedat actor, jusque quod prætendit, remittat: vel actor retinet totam rem, aut partem rei de qua est controversia, & contra aliquid aliud reo, ut reliquam controversiæ partem, concedit, actionemque remittit. 5. Quod dicit ad exceptionem saltim proficere transactionem, verum est de ea tantùm, quæ pacto nudo perficitur, *l. 21. de pact.* non de ea, quæ per stipulationem, aut contractum innominatum, *l. 4. l. 3. C. h.* Quin & apertè impliceat esse contractum, nec tamen parere actionem. 6. In *l. 7. C. de his quæ vi met. caus.* contractus latissime sumitur pro facto quolibet ex quo obligatio, *arg. l. 20. de judic.* Verùm in *l. 17. C. de fid. instrum.* transactio contractibus apertè contra distinguitur, & non venit sub nomine contractus, sed sub causæ nomine. 7. habere synallagma, seu mutuam obligationem, non est attributum seu proprium contractus. 8. Distractus non est dicenda transactio contra princip. human. act. quod homines transigentes non simpliciter discedere velint à lite, sed sub hac certa forma, nisi si paciscens velit servare placita transactionis, ut exinde vel actio detur, vel exceptio. 9. Valde inepta videtur assertio, jure veteri transactionem non fuisse contractum, sed jure novo, Pontificio scil. Nam & ante constitutionem *d. l. 17. C. de fid. instrum.* quæ Justiniani, dicitur contractus ab Alexandro, tribus seculis ante Justinianum in *l. 5. C. h. t.* & à Dioclet. & Maximi. in *d. l. 7. C. de his qua met.* Forma etiam transactionis perpetua est in *l. 38. C. h.* nec tempore variatur. Neque hodie pactum, licet obliget Jure Canonico, eodem jure est contractus. 10. Si transactio esset juris gentium, exemplo contractuum consensu constantium, præsertim nominatorum, sequeretur quosdam innominatos contractus esse consensuales, quod juri manifesto repugnat; cum hi rei interventu perficiantur omnes, *l. 5. de præscr. verb.* Quin, si transactio aliquando incidit in do ut des, falsum est, quod supra dixit & infra repetit, eam, ut est contractus, esse stricti juris; cum do ut des, permutatio sit, & bonæ fidei, *arg. §. 28. I. de Action.* Et in *l. 6. C. h. t.* non est do, ut des, sed do, ut facias, vel, ut vult, Bachov. in not. h. facio ut des. Denique quæ probando contractui innominato affert A. ex prædictis circa difficultatem refelluntur.

Unicum transact. substantiale.

N. III. *Ad essentiam tria requiruntur*) Rectiùs dicitur *substantiale* transactionis *unicum* esse, quod fiat, non nisi aliquo dato, retento, vel promisso, *l. 38. C. h. t.* quod videtur W. cl. exprimere verbo *Præstationis.* Cætera ad objectum pertinent. Neque tamen requiritur, rem dubiam esse ex lite, sed sufficit, ut sit vel metus litis, *per l. 2. C. h.* ut fatetur ipsemet, *infr. n. 5.* vel res litigiosa, *l. 1. h. t.* L. Posth. *ref.* 143. *n.* 13. In divisionib.

Transactio simplex, alia quæ per Aquil. stipulat.

trans. rectè se habet quod cum Gloss. & Dd. duas facit species, simplicem, & quæ fit Aquilianâ stipulatione. Illa est, quæ nudo fit pacto, *l. 1. h. t.* Hæc, quæ quandoque fit per stipulationem. Nam per acceptilationem solum tolluntur verborum obligationes. Quando verò lis mota, vel res dubia ex alio genere obligationis descendit, hæc prius novantur deducto contractu in stipulationem, & deinde subsequitur acceptilatio, *§. 1. 2. quib. mod. obl. toll.* Et tolerari potest hæc divisio, contra

Contra Bachov.

Bachov. *in not h.* magnopere repugnantem. Quamvis enim acceptilatio aut stipulatio Aquiliana, in se considerata, nihil facere videatur ad transactionem, attamen quatenus est modus, quo remissio fit in transactione, adeoque pars ejus, eadem non malè sic dividitur. Sic enim eadem ratione à modo, quo perficitur transactio, dividi potest in eam quæ fit nudo pacto, & quæ contractu, nominato sc. vel innominato, ipso Bach. non adversante *ad Tr. 1. d. 7. thes. 1. D. in fin.* Porrò Transactio *generalis est*, quando vel indefinite

Transf. generalis.

transigitur de omni re dubia, vel finitè, de re quidem certâ, sed quæ multa corpora, species, partesque complectitur, ut est hæreditas, tutela, negotium gestum &c. *l. 2. l. 3. C. h. t. l. 9. ff. eod.* Aut *Specialis*, cum de re singulari, vel pluribus specialiter enumeratis, *l. 31. C. h. t.*

Specialis.

An verò transactio generalis sit, an specialis, æstimandum ex eo est, an petitiones, & decisiones (ad illas secutæ) fuerint generales, vel speciales. Eoque nomine IV. Casus sunt distinguendi, quos quatuor conclusionibus exponit Molina *Disp.* 588. & in fin. rectè subjicit, easdem similiter locum habere circa liberationes, vulgo *quitationes*. Explicatius tamen ita

Regulæ de his IV.

I.

exponi possunt I. vel *& petitio & decisio est generalis, & tum transigens repellitur postea a petitione cujuscunque rei, verbis illis generalibus comprehensa, l. 29. C. h.* Nam transactio est generalis; adeo, ut etiam ad incognita extendatur; quia ad hoc, ut valida sit actio circa incognita in particulari sub illa generalitate contenta, sufficit de generalitate fuisse cogitatum & transactum, non facta exceptione particularium, *arg. l. 7. de testam. mil.* juxt. princ. hum. act. Excipitur 1. si res quædam *dolo* alicujus sint occultatæ, ut in casu *l. 38. de pact.* ubi Bart. & Dd. comm. *l. 19. C. h. t.* 2. *Si error* intervenerit, e.g. si reus rem aliquam apud tertium tempore transactionis habeat, quam detinentis propriam putavit actor, cum revera esset hæreditaria, *d. l. 29. C. h. t.* Quamvis enim paria habeantur errare, & ignorare, quod absque ignorantia nullus sit error, facilius tamen erranti, modo justam erroris causam alleget, succurritur, quàm ignoranti. 3. Exceptio est, quando ex ultima voluntate quidem sunt transactum, sed alia debebantur, incognita tamen & minus ostensa ac propria; tunc enim, licet transactio præcesserit generalis, hæc tamen ad incognita non extenditur, sed adhuc illa licitè petuntur, *l. 12. h. t.* II. Vel *petitio & decisio utraque est specialis: & transactio, quia hac ratione est specialis, ad res alias non extenditur.* Sed quæstionis est, *an res istæ in transactionem non deductæ propterea nihilominus peti possint alia actione?* Disting. videtur cum Molina *d. disp. vers. secunda conclusio.* Aut transactio fuit *specialis quo ad rem*, sed *generalis quo ad actionem* seu petitionem, vel fuit *specialis & quo ad rem, & quo ad actionem.*

II.

Dicitur autem transactio & actio generalis, non solùm ratione objecti, sed & propter actiones, quibus res petuntur. Illo casu alia actione res peti nequit, *v. c. quando alter transigentium cedit, ac remittit alteri quodcunque jus, quod circa illam rem quocunque titulo habet.* Hoc casu, eadem res peti potest, *e. g. si transigens exprimat, quod remittat certam actionem, & cuicunque juri ex certa causa, vel titulo, circa eam sibi competenti.* III.

III.

Vel *petitio fuit generalis, & decisio subsecuta specialis; & tum transactio quoque specialis est l. 3. C. h.* Si *e. g. cum tutore, motâ actione tutelæ transegi super mille thaleris, & postea ex eadem causa petam centum modios frumenti. Brunnem. d. l.* Tutor non rectè opponit exceptionem transactionis, quia illa hoc casu, ultra res in eam deductas, non extenditur, ideoque fundata est mea actio, & replicare possum de dolo, *d. l. 3. Huc & ad reg. 1. exc. 3. pertinet pronunciatum Fac. jurid. Helmst. verbis:* Daß ihr dannoch so zur See angerechnet vermag ihr nicht gewust/ und euch ewer Vater verehret/ billig zu hören. *an. 601. 16. Sept. Idem verò in judiciis obtinet l. 2. C. de judic.* IV. Vel *petitio fuit specialis, & decisio subjecta est generalis.* Et disting. Aut generalitas decisionis, salva

IV.

sermonis

sermonis proprietate, ad res specialiter petitas restringi potest, & transactio specialis erit, *l.31. C.h.* Indeque caderent res ex alia causa rectè petitur *l.9.pr.h.t.* Aut non potest restringi ad illas res, de quibus fuit petitio, & transactio est generalis. *E. g. si actor transigens dicat, se recedere ab actionibus, & renunciare juri, quod tam circa rem, de qua erat petitio, quam circa quascunque alias poterat habere.* Add. Bart. *in l.31. C.h.* Greg. *Synt. lib. 28. c. 2. n. 5. & 6.* Filliuc. *tr. 39. c. 9.*

Regula de iis qui possunt transigere.

N. IV. *Quæ Paciscit)* Fit quidem omnis transactio per pactum, seu conventionem, attamen, quia & implicitam habet alienationem, *arg. l. 38. C. h.* hæc regula A. non est sufficiens; quia quidam, qui pacisci possunt, tamen nequeunt transigere. Rectius itaque dicitur, *omnes posse transigere, nisi naturâ, vel lege prohibeantur,* adeoque potissimis principiis humanæ actionis (potestate & voluntate) quæ & hic utramque paginam faciunt, non destituantur. Præ reliquis verò hic difficultas occurrit *de procuratoribus, tutoribus, vasallis, in patre quoad bona liberorum, in administratoribus civitatum.*

Quomodo procurator.

Quoad procuratores clarius ita distinguitur. Procurator vel est *litis*, vel *bonorum*. Ille, sive *generalis* sit, sive *specialis*, non potest transigere; quia datus est (ad alium finem) ad agendum, non ad decidendum, *l. 7. C. h. l. 60. de procurat.* Nisi specialiter hoc ipsi sit mandatum. Hic vel est *omnium bonorum* generalis, & transigere non prohibetur, *l. 17 §. fin. de jurejur. l. 58. l. 60. l. 63. de procurat. l. 60. §. 4. mand. l. 9. §. nihil. de a. r. d.* Vel *certorum bonorum*, seu specialis, & transigere nequit: nisi r. habeat *mandatum* ad hoc speciale, *d. l. 17. §. f. cum l. seq. l. 34. §. 1. de jurejur.* 2. Sit procurator *in rem suam*, seu cessionarius, *l. 9. C. h. junct. l. 13. in f. de pact. & aliis hic cit.* Jure tamen Can. insuper distinguendum, inter Procuratorem *simpliciter omnium bonorum*, & procuratorem *cum libera*, (bonorum administratione) ita, ut huic tantùm transigere permittatur, *c. 4. de Procurat. in 6.* Sed de qua distinctione proprius erit dicendi locus tit. de procur.

Tutor.

De Tutorum donatione quæ cumulat Wesenb. planè aliena sunt à transactione, *arg. l. 38. C. h.* Tutores & curatores regulariter non possunt transigere, nisi ob rei *incertitudinem*, & ubi de *justitia pupillorum dubitatur* plurimum, *l. 54. §. f. l. 56. §. 4. de furt. l. 12. C. h. t.* Quo casu, si transactio fiat de re immobili, præter voluntatem eorum decretum magistratus intervenire debet. *l. 4. C. de præd. min. l. 1. de reb. eor. qui sub tutel.* Molin. *disp. 5. 7. vers. qui alienare.* Cont. Gail. *2. obs. 72. n. 9.*

Vasallus.

Vasallus lite pendente, tam *decidendæ*, quam *minuendæ* causa, de feudo licitè transigit, modo bona fide id faciat, & sine collusione, *2. F. 26. §. si Vasallus. 2. F. 43.* Vult. *1. de feud. 10. n. 89.* Dist. alii distinguentes, utrum transactio fiat decidendi causa, (ut ipse dato aliquo, vel retineat feudum, vel ab alio accipiat,) an verò minuendi causa, (ut ipse accepto aliquo, feudum in alium transferat,) ita, ut priori causa tantùm licita esse debeat transactio. Quos sequitur Molin. *d. disp. vers. non nem obstat.* Sed textus feudales ipsaque feudi natura distinctionem hujusmodi non admittunt. Vid. Sigism. Finckelth. *de feud. disp. 9. th. 13.*

Pater.

In *Patre* quoad bona liberorum res intricatior videtur. Distinguendum I. inter bona liberorum emancipatorum, & qui adhuc in potestate. De illis pater non rectè transigit, *l. 10. h. junct. l.* Quo ad hæc porro dist. an *castrensia* sint aut quasi castrensia, vel *adventitia*. De illis patrem sine consensu & mandato filii, transigere non posse, indubium est. III. Hæc vel sunt *pura adventitia*, in quibus pater usumfructum habet, vel quæ *pleno jure ad liberos* pertinent, tribus ferè casibus (1. *Si liberis dentur, hac conditione, ne ad patrem perveniat ususfructus. Auth. excipitur C. de bon. quæ liber. 2. Si pater sine causa tentet divortium, Auth. idem est in his cod. tit. 3. in casu Novell. 118. 1. 2. si verò)* Et in his idem juris quod in castrensibus. In puris adventitiis interest an filiusfam. ejus sit ætatis, ut *consentire* possit, aut *non*. Priori casu ejus consensus requiritur, nisi longè absit *l. f. §. 3. & 4. C. de bon. quæ lib.* Posteriori non item, *d. §. 3.* Sed quæstionis est, *An pater hocce casu bona filii immobilia sine decreto possit alienare?* (Nam de mobilibus id quæri nequit. Vid. Mynf. *3. obs. 6.*) Quod affirmat rectè Bachov. *ad Treutl. disp. 7 thes. 3.* per *l. fin. C. and. t.* non tantùm in casu *necessitatis*, urgente ære alieno, sed etiam *utilitatis*, si possessiones sint steriles, sumptuosæ, Conf. Besold. *in delibat. ex h. t. n. 20.* novissimè D. Vinn. *de transact. c. 3. n. 11.* Secus ideoque est, si pater tutor vel curator sit filii emancipati; tum enim ex oratione D. Severi decretum intervenire debet. Major enim priori casu est patris authoritas. Et *d. §. 4.* simpliciter permittitur ex certis causis alienatio, quî ergo decreto sit opus? Satis enim erat novatum jus veter. per proprietatem ipsi ablatam, *§. 1. per quas person.*

Syndici, administratores civitat.

Denique *Syndici*, & administratores civitatum, cum habeant generalem administrationem, ut procuratores bonorum, super re dubia universitatis rectè transigunt modò b. f. & non ambitiosè id faciant. Vid. Nicol. Losæus *de jure Universit. lib. 1. c. 3. n. 117. & seqq.* Iidem tamen ut & Prælatus, item Antistes Ecclesiæ, res immobiles non aliter transigendo possunt alienare, quàm cum consensu magistratus *l. 12. C. h.* aut Ecclesiæ, & solennitatibus adhibitis, *c. 5. de reb. Eccles. non alienand.* Conf. Bachov. *d. disp. 7. thes. 2.* D. Gail. *2. obs. 72.* Honor. ab Alex. *in summ. dec. tr. d. t. n. 3.* D. Vinn. *d. tr. c. 3. n. 7. & seqq.*

Objecta transactionum.

N. V. *Res dubia)* Nimirum objectum transactionis sunt. 1. *Res dubiæ*, quæ adhuc non sunt in lite actu, ut quando quis ob timorem, seu metum futuræ litis transigit, *l. 1. ff. & l. 2. C. h. t. l. 11. eod.* Gloss. *in d. l. 1. h. 2.* Res *litigiosa* h. e. in judicium deductæ. Contra respuunt transactionem quædam, vel naturâ suâ, vel juris prohibitione. Hujusmodi sunt 1. res certæ. 2. res judicatæ. Hujusmodi 1. Controversiæ, quæ ex testamento oriuntur, nisi inspiciantur verba testamenti 2. alimenta futura. 3. Crimina non capitalia. 4. res spirituales. De quibus omnibus agitur. *h. n. 5.*

An res judicata?

De *re judicata* est *l. 32. C. h. t. l. 7 ff. eod.* Aliud itaque 1. si *appellatum* sit, *d. l.* 2. si petita *restitutio* in integrum, *d. l. 32.* aut sententia *nulla* dicatur. 2. Si *negetur* res judicata, aut *nesciatur*, vel *dubium* sit an sententia pronunciata. 3. Si fatalia impugnandi sententiam nondum sint elapsa, & adhuc appellari possit, *l. 11. h. t.* Aliter facta transactio ipso jure nulla est, licet juramento confirmata. Quod verum jure civili, *arg. l. 7. §. 16. de pact.* nam jure Canon. valet, & jurans in foro conscientiæ non tenetur contravenire juramento, nisi relaxationem ejus obtineat, *arg. c. verum c. si vero c. si contingat de jurejur.* Molin. *d. disp. 536. vers. iterum autem.*

Res jurata.

Eadem ratione nec super decisi juramento rectè transigitur, *arg. l. 2. de jurejur.* Pactum autem liberationum de utrinque valet, *l. 7. §. 1. l. 5. C. de donat.*

Controv. ex testam.

De *controversiis ex testamento* assignata duplex A. ratio non quadrat. quia aliàs de illis ne quidem pacisci liceret, non inspectis cognitisque testamenti verb., quod tamen falsum *arg. l. 6. h.* Vinn. *d. tr. c. 5. n. f.* Quamvis dissentiat Borchult. *ad tit. de transact. c. 3. n. 20.* Recta itaque ratio est specialis *legis prohibitio*. Quod tamen ejusmodi transactio jurejurando sit munita, valet saltem jure Canonico, *per text. modo alleg.* Sed Q. hic I. *An hanc inspectionis possit renunciari?* Quod negatur 1. arg. à principiis legum deducto, quod sit juris publici, *arg. l. 6. h. t. junct. l. 7. §. 14. de pactis* 2. quod *d. text. l. 6.* sit ex lege prohibitiva, cui renunciari nequit, *arg. l. 1. §. 2. C. ne fidejuss. vel mandat. dot. dent.* Nisi renunciatio sit

jurata,

putata, cui jure Can. standum, Cardin. Mantic. *de tac. & a. conv. lib. 26. t. 2. n. 30.* II. Q. *An ad transactionem requiratur quoque inspectio in codicillis & testamento nuncupativo?* Affirmat Molin. *d. diff. 557. vers. circa ea.* Bachov. *in prot. p. 718. n. 5. in fin.* tum quod & hæc in scripturam soleant redigi, *l. 2. C. de testam.* tum quod aliàs latere possit, quæ vera fuerit testatoris voluntas, quam interest effectum habere: tum denique quod dicta *l. 6. h. t.* ejusque ratio sit generalis. Quod si autem non sit redactum in scripturam ejusmodi testamentum, non poterit de controversiis inde dependentibus transigi, nisi examinatis testibus, constet de testatoris voluntate; fit enim inspectio in hunc finem, ut cognoscatur tenor dispositionis, Carpzov. *l. 6. t. 2. resp. 13. n. 1. & seq.* Conf. Bachov. & Molin. *dd. loc.* Vinc. Filliuc. *d. t. 2. tr. 39. c. 9. n. 153.* Mantic. *d. t. 2.*

Alimenta

De alimentis testamento relictis futuris illicita est transactio (secund. principia media inter justit. & injustitiam) propter favorem 1. ipsius rei (aliment. sc. futurorum) 2. ultimæ voluntatis. 3. alimentarii, ne is modico præsente contentus facilè transigat, *l. 8. h. t.* Vel etiam, quod verisimile sit, testatorem voluisse illi alimenta particulatim potius relicta, quàm summam aliquam pecuniæ præstari debere, ne hac mox consumpta esurire cogatur. Ideoque non valet transactio super his, nisi 1. coram magistratu & causa cognitâ fiat, *d. l. 8. §. 8. 9. & seqq. h. t.* vel 2. per id melior fiat alimentarii conditio *d. l. 8. §. 6. eod.* quo isti rectè caveatur. Cæterum de *præteritis* alimentis, ex ultima voluntate licet, ante debitis *l. 8. C. h. t.* item de iis, quæ *ex contractibus* dependent, in genere, licitè transigitur *l. 8. §. 2. h. t.* & quia alimenta desinunt ubi vita aliunde sustentata est, manente puro debito; & quia hoc casu cessat favor ult. voluntatis. Mantic. *d. lib. 26. t. 3.* Petr. Greg. *syntagm. lib. 20. c. 2. n. 20.*

Crimin.

Cæterum criminum commissorum adhuc magis diversa ratio est, de quibus decantata *l. 18. C. h. t.* pro cujus expositione VI. inprimis notanda sunt: I. Distinctio criminum *in publica & privata.* Illa sic dicuntur ratione *causæ efficientis & finis,* à certis quibusdam legibus quibus referuntur inter judicia publica, quorumque persecutio cujuslibet. Hæc, quæ eo non referuntur, & propterea non privatam continent persecutionem *l. 1. de publ. judic. l. 3. §. fin. de prævaricat.* II. dividuntur crimina *publica in capitalia & non capitalia.* Capitalia latè sunt quibus pœna est capitis, naturalis vel civilis, *l. 103. de V. S. §. 2. de public. judic.* Strictè verò, & κατ' ἐξοχὴν quibus *mortis* pœna, seu sanguinis, *l. fin. C. de bon. proscr. l. 4. de pœn. l. 1. de effractor.* Hic cap. crimen ultimo modo accipitur; 1. quia ei opponitur crimen quod sanguinis pœnam non infert: 2. quia ratio, quare de capitalibus, liceat transigere, *in d. l. 1. de bon. cor.* est, quod paciscens voluerit sanguinem suum redimere: III. in *d. l. 18.* sunt regulæ.

Reg. duæ de transf. sup. crim. public.

Prima est: *de crimine (publico) capitali prohibitum non est (licet) transigere vel pacisci.* Altera: *de crimine (publico) non capitali transigere non licet.* Ubi cavendum inprimis ab Hottomanno, qui textui vim inferens, particulam *non* ex posteriori regulam in priorem rejicit, atque legit: *transigere vel pacisci de crimine non capitali, prohibitum non est.* IV. Ratio regulæ primæ vera est in *d. l. 1. de bon. cor.* quod liceat cuique sanguinem suum redimere, unde favore miserationis ob metum mortis hæc transactio admittitur, h. e. ex principiis non justitiæ, sed gratiæ & humanitatis: Jung. M. Ant. Del-Rio *ad d. l. 18. n. 35.* Quæ ratio cessat in regula secunda. V. Regula prior habet *exceptionem in adulterio,* illis verbis: *excepto adulterio.* Vid. Ant. Matthæi *de crim. l. 48. t. 8.* quod hodie secus se habet. Carpz. *pr. cr. p. 2. q. 71. n. 31.* In posteriori verò, in verbis: *citra falsi accusationem,* nulla exceptio continetur. Matthæi *d. l. n. 16. & 17.* D. Strauch. *d. 26. th. 7.* Hodie tamen & de his criminibus facta transactio non improbatur, quod j. nat. convenit, ut deinceps dicetur, Covarr. *2. var. res. 10. n. 7.* Carpz. *d. tr. p. 3. q. 148. n. 17.* VI. Denique de delicto privato & civili licita est transactio *l. 56. §. 4. pro soc. l. 54. §. f. de furt. l. 13. C. eod. l. 17. §. 1. de pact.* sc. ad effectum liberandi reum ab actione. Nam eundem, seu confitentem, nihilominus sequitur infamia, ipsâ lege notante, *l. 4. §. f. l. 5. l. 6. §. 3. de his qui not. inf. l. 4. de jur. fisc.* Vinn. *h. t. 4. n. f.* Add. Sim. à Groenevv. *in l. abr. ad l. 18. C. h.*

Et actor & reus in capit. possunt transig. etiam post cont. lit.

Meritò hoc utrique) Sive *ante* sive *post institutam accusationem*; tum ob paritatem rationis, *d. l. 1. de bon. cor. junct. l. fin. de prævaricat.* quæ & in actore propter factam inscriptionem supplicii, *arg. l. fin. C. de accusat. l. 10. C. ad L. Jul. de adult.* obtinet. Add. Bachov. ad *Treutl. h. th. 5. A. ubi dicit, istam hanc legem (sc. quoad primam partem) in reum conceptam principaliter, per consequentiam in accusatorem.* Idem *in prot. pag. 724.* Verùm duæ hîc difficultates haud leves occurrunt. Altera, anne contra jus naturale sit in criminalibus transactio? Altera, quæ nam jure Romano inde utilitas, cum nulla videatur? Pro priori est quod sontium punitio, quæ juris naturæ, tolli videatur per ejusmodi transactionem, quodque etiam lege divina jussa sit in criminosos animadversio: ergo prohibita transactio, *Deut. 13. 8. & 19. 13. 20. Num. 35. q. 31. 33. Hebr. 10. 28.* ceu concludit D. Cypr. Reg. *de injust. c. 2. n. 2.*

Etiam jure natur.

Sed contrarium verius est; 1. quia in criminalibus transigi potest saltim super potestate accusandi, & jure pœnam à reo coram magistratu exigendi, quod privatus contra privatum habet (pretio æstimabile) non verò super Vindicta, quæ non est privati sed Reip. ideoque huic integra semper relinquitur: 2. reus dominus est suæ famæ & bonorum fortunæ: 3. quilibet natura duce se suumque corpus tuetur & nocitura declinat.

Et in non capital.

Idque verum etiam de crimine adulterii & de crimine, ut antedictum, non capitali. Addat. Molin. *tr. 3. disp. 48. n. 13.* Covarr. *d. 2. var. res. 10. n. 7. v. secundum,* dicens transigentem non teneri restituere quod accepit, quin agere in judicio posse ad promissi solutionem. Unde sequitur, non tolli sic sontium punitionem, sed Magistratui nihilominus integram esse in transigentem reum animadversionem. Quod si autem transigentes saltim noverint crimen, & celent ne magistratui innotescat, major quidem videtur dubitatio. Verùm tunc nec interest Reip. revera crimen hoc puniri, ob rem ignoratam & cessantem publicam injuriam seu offensionem. Et impeditur sic punitio saltim per accidens, illo qui læsus est non detegente, ad quod, nisi directò & principaliter Reip. intersit manifestari crimina, nec naturaliter quis adstringitur.

Quæ inde utilitas jur. Rom.

Porrò nec deest Transactioni hujusmodi jur. Romano utilitas. Licet enim publicè intersit, ut delicta maximè capitalia puniantur, *l. 9. §. 5. de public. & vectigal.* Prodest tamen transactio reo 1. ne pro confesso habeatur; quia lege permittente transigit, 2. ne sustineat pœnam, quæ aliàs accusatorem corrumpenti infligitur, *l. 4. l. 29. l. 34. de jur. fisc.* 3. quod accusator nullo modo possit idem crimen contra ipsum repetere. Actori prodest, ne cadat in pœnam Sen. Turpill. & ad pœnam talionis evitandam. Del-Rio *n. 62. & seqq.* Hinc sequitur, quod vel tertius taliter transigentem possit accusare, vel etiam Magistratus ex officio contra eum inquirere non prohibeatur, *l. 13. de offic. præsid.* Neque enim his officit pactum, quod alius cum reo antea fecit, *arg. l. ult. de pact. l. 3. §. f. ad l. Jul. de vi publ.* Adeo ut nihilominus pœna ordinaria plectendus veniat, ut subinde pronunciatur: Daß N. deß verübten Todschlags halber/ unangesehen er sich mit des entleibten Freunden versöhnen

möchte/ mit dem Schwerd zum tod zu straffen. Ita Dom. Antec. Fac. ann. 1609 17. Jul. Et a. 1612. d. 17. Maji, verbis: Wann solches geschehen/ und darauß zu befinden/ daß der Gefangner gemelten N. ohn ursach und stillschweigens erschossen/ alßdann were derselb ungehindert seins mit den Freunden fürgewandeten vertrags/ mit dem Schwerd zum tode zu richten. Quodque nihilominus rectè fiat inquisitio, responsum ann. 1607. 1. Octobr. Bartoldo Langen Præfecto Schöningensi. Ratio est, quia privatus ratione delicti injuriæ suæ potest renunciare, verùm non justitiæ universali, & legibus contra quas ita quoque peccatur, ut eleg. notat *in scholiis ad* 5. *Eth.* 5. Zvvingerus. Aliquando tamen ejusmodi transactio locum facit pœnæ extraordinariæ, e. g. si cum fure, qui ex delicto rerum subtractarum aliàs meruerat pœnam suspendii, transigat accusator, resque recuperet. aut pactus sit gratuitò & condonet; quia sec. P. H. O. *art.* 160. quando damnum furto non est datum, suspendii pœna non obtinet; at hoc casu accusator nullum damnum sentit.

Lege posit. prohiberi possunt has trans.

Cæterum cum transactiones hujusmodi sæpius impedimento sint judici in delictorum punitionibus, externâ ratione generaliter prohiberi possunt omnes, inscio magistratu ne fiant, ceu rectissimè in illustr. Duc. Br. & Lun. constitutum à D. Fr. & ULR. a. 1624. 14. April. pœnis etiam consulentibus præstitutis.

Accusator non tenetur petere abolitionẽ contra A.

Quamvis abolitionem) Verius est, accusatorem non teneri impetrare criminis instituti abolitionem, 1. *arg. d. l.* 18. *C. h. t.* quæ generalis est, & id non requirit, 2. quod fiat transactio hoc casu lege permittente, *arg. l.* 13. §. 1. *ad SCtum Turpil.* Nec officit *l.* 3. *C. eod.* Quia est de casu, quo in scriptura Transactionis fuerat conventum, ut peteretur prius abolitio, & deinde placitis obtemperaretur. Et in effectu eadem est ratio abolitionis, & hujusmodi transactionis, sc. quod tollatur accusatio, *l.* 10. §. 1. *ad SCtum Turpil. junct. arg. d. l.* 18. *C. h. t.* Conf. Besold. *hic in delib.* n. 12.

Adulteriũ fuit capitale ante Const. M.

De Adulterio hîc observandum venit, etsi ejus pœna ex L. Julia falsum fuerit relegatio, *ceu infra dicetur ad L. Jul. de adult.* tamen tempore constitutæ *l.* 18. *C. h.* quæ Impp. Diocletiani & Maxim. illa fuit *capitalis, & ultimi supplicii*; quia ibi excipitur adulterium à criminibus, quæ pœnam mortis habent, omnis autem exceptio debet esse de regula; Addatur *l.* 16. *C. de pœn.* & Bachov. ad *Tr. p.* 2. *d.* 32. *p.* 1246. ubi fatetur pœnam adult. ante Const. M. fuisse capitalem, non tamen sibi conveniens *ad Tr. disp.* 7. *p.* 1. *p.* 290. Del-Rio *ad d. l.* 18. *n.* 59. *& seqq.* Quod autem Besold. *in delibat. h. n.* 23. *circa fin.* ait, excipi adulterium, quod *non habeat sanguinis pœnam*, hoc rationi non convenit, quod regula prima *l.* 18. non loquatur, nisi de crimine, pœnam sanguinis continente. Si ergo ab eadem regula adulterium excipitur, vel pœnam sanguinis, tum habuit, vel nulla est illiusmodi exceptio.

De crim. non capit. non licet transigere.

Sanguinis pœnam non irrogant) i. e. ut supra, *non habent pœnam mortis naturalis.* E. in quibus obtinet pœna fustigationis, membri mutilationis, perpetuus carcer, jactura honoris, licita non est transactio. Licet enim hæ pœnæ capitali proximè accedant, non tamen sunt capitales, *l.* 2. *de publ. jud. l.* 2. *pr. de pœn.* Nec fustigatio sanguinis pœna habetur, *arg. c.* 4. *de rapt. c.* 1. *de calumn. c.* 9. *nec cler. vel mon. sec. negot.*

Nec pacisci.

Quamvis dissentiat Molina *d. tr. d. disp.* 46. *n.* 2. Sed Q. *An ne ergo liceat pacisci?* Ita putant nonnulli, sed verius est, & transactionem & pactionem criminum non capitalium *d. l.* 18. esse prohibitam; quia & hîc cessat ratio redimendi sanguinis, & cæteræ causæ prohibitivæ non minus obtinent: etiam actor quomodocunque, sive gratis, sine pecunia accepta ab accusatione desistat, incidit in SCtum Turpil. *l.* 1. §. 7. *ad SCtum Turpil.* & prævaricatur, *l.* 10. *C. ad l. Jul. adult.* reusque habetur pro confesso. Quod posterius tamen hactenus verum est, ut tantùm contra eum inquiri possit, non ut statim puniatur. Vid. Bachov. *d. disp.* 7. *thes.* 5. *E.* & add. nunc Dn. Mevium *cit. l. adn.* 6. *in s. de pact.*

Super crimen capit. non licet transigere, nec post nec ante lit. contestatam, contra Wes.

Ante tamen) Restringit Wesenb. regulam secundam ad transactionem, quæ fit post litem contestatam. Ideoq; ante litem contestatam putat licere transigere de injuria privata. Verùm rectior sententia est, *in genere & ante & post litem contestatam illicitam esse*, de crimine non capitali & *pactionem* & *transactionem*, 1. quia ratio miserationis seu sanguinis redimendi utrobique cessat. 2. quia paciscens non evitare potest pœnam concussionis, *l.* 2. *de concuss. alleg. l.* 1. §. *pen. de calumn.* Conf. Bachov. *h. in not.*

Nec de crimin. falsi contra Sund.

Cæterum verborum *d. l.* 18. *extra falsi accusationem* duplex interpretatio quidem est, sed altera verior, quod exceptionem non contineant. Nam 1. *d. l.* 18. de crimine non capitali non licet transigere; at crimen falsi tale est crimen, *l.* 1. §. *fin. ad l. Corn. de fals.* §. 7. *de publ. judic.* 2. quia particula *extra*, ibi sumitur pro *sine*, vel *absque*. ut *l.* 1. §. *si quis ad SCtum Turpil. l.* 1. §. 1. *de ser. & pass.* 3. Nulla est ratio exceptionis, quam Wesenb. initio recenset, quia crimen falsi, & hodie ordinariè est non capitale *d.* §. 7. 4. Si excipitur secundum nonnullos ob pœnam capitalem, tum exceptio non est de regula. Neque mutat *l.* 7. *C. ad L. Corn. de fals.* quâ in contrarium movetur D. Perez. *C. h. n.* 22. quia manifestum est, ibi factam fuisse decisionem super negotio pecuniario, cui probando falsa instrumenta producta erant, super quibus transactis ubi acquievit actor, non potest ea denuo falsa arguere. Add. Besold. *in delib. h. in fin.* quoad cætera Padillam, Donellum, Matth. Glock. Del-Rionem, Atumæum, Vinn. *ad d. l.* 18. *C. de transact.* Bachov. *in comm. c.* 2. *de objecto transactionis*, nec non de transactione ultra id quod in lite fuit, ultraque controvertentes, non extendenda Dn. Mev. *p.* 3. *dec.* 263. Dn. Stuckius *p.* 1. *cons.* 4. *n.* 182. *&* 189.

Vis transactionis judicialis.

N. VI. *Illud nihil interest*) sc. quo ad essentiam; attamen plus roboris habet transactio judicialis, vel saltem à Principe, aut Magistratu confirmata; supplet enim omnem defectum horum præsentia, *arg. l.* 19. *C. de testam.* omnem fraudis ac læsionis præsumptionem excludit, *c. præsentia. de renunciat. c.* 16. §. *f. de sent. & re judicat.* omniaque præsumuntur rectè celebrata, *c.* 23. §. *porro. de elect.* Add. *l.* 36. *fam. erc. l.* 29. *de usuc. & usurpat.*

Non retractatur trãs. Principis rescripto.

N. VII. *Rescripto principis*) Circa effectus Transf. insignes plura *hoc n.* noranda sunt. I. quod *nec Principis rescripto retractetur.* Neque enim contra principia à justit. patr. deducta, jus alteri quæsitum auferre illo potest, *l.* 3. *l.* 7. *C. de prec. Imp. off.* adeo ut nec ex *potestatis* queat facere, quo non obstante *l.* 16. *C. h. t.* facta transactio irrita esse debeat; cum nec sententiam rescindere possit, *l. fin. C. sent. resc. non poss. junct. l.* 20. *C. h. t.*

Nec prætext. instr. repertorũ.

II. quod nec *prætextu specierum, instrumentorum ve postea repertorum, all. l.* 19. *&* 29. *C. h. t.* Omnia enim instrumenta per transactionem annullari solent. Exceptio est, nisi sit facta ex falsis instrumentis, quo casu per restitutionem in integrum rescinditur, *arg. l. pen. C. h.* Alias exceptiones habet Accursius *in d. l.* 19. III. *quod tollat priorem actionem & plura sint remedia ei servanda constituta.* In quibus verò A. non unâ animadversione indiget. Pleraque ex errore sunt, quo transactionem contractum innominatum; hunc verò pactum opinatur. Simplicius & rectiùs hæc ita edocentur.

Tollit priorem actionem.

Tollit priorem actionem vel ope *exceptionis*, vel ipso *jure.*

tur. Illo modo, quando nudo pacto facta est, *l.17. ibi: exceptio tibi l. 19. 28. 29. l. 39. C. h.* erat enim actio ex obligatione civili, quam tollere nequit naturalis obligatio. Hoc modo, cum vel stipulatio intervenit, seu simplex, seu Aquiliana cum acceptilatione, *arg. l. 4. C. eod.* vel per contractum innominatum perfecta est transactio, *arg. l. 6. l. 33. C. h. t.* quia tunc non potest agi pristinâ actione. Quoad remedia transactionis servandæ, ita distinguit Wesenb. *Facta transactione vel superest adhuc actio, vel non. Illo casu (ut si nudo pacto perfecta sit transactio) si reus non impleat eam,* competit actori prior actio, *l. 28. C. h.* Si autem *impleverit, sed actor dolo sit inductus, tum idem quoque præsto habet actionem priorem, & reo opponente exceptionem transactionis, replicat de dolo l. 19. C. eod. Hoc casu, quando sublata est actio (ut quando intervenit Aquiliana stipulatio, item quando habens querelam inofficiosi eam dum vixit non instituit, nec præparavit) tum disting. vel enim non est impletum, quod convenit, & datur actio præscript. verb. l. 6. l. 17. 33. C. h. vel impletum, sed dolus intervenit, & tantùm datur actio de dolo l. 4. l. 19. C. eod.* Verùm rectius, & legib. magis conveniens sententia hæc est. 1. Si *pacto* transactum, vel *actor* non servat transactionem, vel *reus.* Illo casu reus pristinâ actione conventus, tutus est *exceptione pacti* oppositâ, *arg. l. 17. C. h.* nisi & ipse, ut potest, à placitis velit recedere, *l. 14. C. eod.* Hoc casu datur actori non præscriptis verbis, sed prior actio, utpote pacto nondum sublata, *arg. l. 28. C. eod.* (etiamsi dolus subsit) &, si reus excipiat de transactione, actor vel in factum, vel doli mali replicatione utitur, *d. l. 28.* & sic, quod directè per actionem consequi non potest, consequitur obliquè (per replic.) juxta princ. à forma leg. deducta indirectâ 2. Si transactum sit contractu innominato, nec impletum ab altero quod convenit, agitur præscriptis verbis, *l. 6. l. 33. C. h.* vel quod datum remissumve condicitur. *l. 2. 4. de cond. caus. dat.* 3. Si denique stipulatio intervenerit, nec stetur conventioni, uterque ex stipulatu agere potest, *l. 17. & passim C. h.* quandoque & condictione caus. dat. ubi stipulationem secuta liberatio, vel quid datum est, *d. l. 3. & l. 4.* Quod si verò impleta quidem sit conventio, sed dolus intervenerit, datur actio de dolo, *l. 4. l. 19. C. h. t.* Conf. quoad reliqua Bach. *in not. h.* Cæterum cum hodie ex nudo pacto obligatio & actio sit, idem erit in transactione ubi pacto fuit perfecta, in quo assentiente nunc reperio Vinn. *d. tr. c. 2. n. 1.* Diss. D. Jac. Mæstertius *de just. leg. Rom. l. 2. dub. 43.* putans (contra receptam omnibus sententiam,) talem transactionem etiam jure civ. obl. & act. producere, præcipuè ex illis rationibus quas pro pacto nudo attulit *eod. l. d. 31.* nobis supra *ad t. de pact.* improbatis: add. nunc de exceptione transactionis quando ante litem contestatam admittatur, eamque impediat, Dn. Mev. *p. 3. dec. 225.* IV. Quod supra diximus actioni præscr. verbis esse locum, ubi contractu innominato perfecta transactio, hoc etiam obtinet, *si actor remisit actionem per Aquilianam stipulationem.* Nec obstat 1. quod ille sic nonquam impleat, cum videatur ejusmodi nuda remissio, nihil facti habere. 2. si ibi subsit facio ut des, tum contrarietur *l. 5. §. facium. de præscr. verb.* Ad quæ respondet A. & ad 1. rectè, remissionem ejusmodi esse factum (negotium civile) & quidem prægnans & mixtum, *arg. all. l. Si mulier. de condict. caus. dat. & l. si quis. de Novat.* quia per id simul liberatur reus, atque ita juris interpretatione aliquid datur. Ad 2. regerit, textum oppositum loqui de mero facto, sc. manumissione, quod nihil utilitatis habeat. Verùm hæc distinctio inter factum merum, & non merum hactenus caret fundamento, 1. quod ex facto indistinctè oriatur præ-dicta actio, *d. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. l. 25. de præscr. verb.* 2. quod *d. §. quod si faciam.* loquatur non de act. præscr. verb. (quia ex facio ut des talem esse haud negatur *l. 25. eod. tit.*) sed de condictione causa data; hæc enim in facio ut des locum non habet, quia qui fecit, altero non dante, factum non potest condicere, *arg. l. 25. de captiv. & postlim. revers.* V. ad effectum Trans. pertinet, *an ex ea oriatur condictio liberationis vel remissionis.* Quod A. simpliciter affirmat. Sed rectior sententia hæc est. Remissio vel facta est *nudo pacto,* vel *per acceptilationem;* de his enim casibus ferè poterit dubitari. Primo casu absurdè quæritur de condictione causa data, ideoque tunc, si reus non præstet conventa, agitur actione pristina, utpote, necdum sublata. altero casu censeo dari condictionem causâ data, *tacite, per l. 3. 4. 5. de condict. caus. dat.* & ratio est, quod remissio per acceptilationem non sit factum simplex (quale non potest condici) sed *datio, continens liberationem:* data 2. posse condici expeditissimi juris est. Falsum itaque 1. non competere condictionem minuendarum litium causâ. Ex *l. 10. & l. 16. C. h. t.* agunt de temeraria resilitione à transactione, non de condictione 2. Verum quidem est, quod ait, liberationem civilem (i. e. factam per acceptilationem) posse condici, sed falsum quod non condictione causâ data, quæ sit naturalis, h. e. quantum percipio, quâ repetantur tantum data, non verò facta, quæ nec per naturam repeti possint. Nam hoc verum quoad facta simplicia, non autem quæ mixta sunt, 3. falsissimum est, actionem præscriptis verbis ad id competere; & longè falsius, quod et nisi sit condictio naturalis, & illâ agi possit vel ad implendum vel rescindendum contractum. Separatas enim esse has actiones, & ex diversis causis oriri ostendit *l. 5. §. 1. de præscr. verb.* & ipsa ex adverso citata *lab. eam. eod.* ipseque Wesenb. *infr. tit. de præscr. verb. & tit. de rer. permutat.* contrarium agnoscit. VI. de Trans. effectibus est *decantata* constitutio *l. ubi 10. C. h. t.* Cujus vetus casus hic: *Possessor de fundo conventus transegit cum actore, eique aliquid dedit, eâ lege, ut actor amplius non ageret, interposita quoque fuit stipulatio Aquiliana, per quam possessorem, seu reum actione liberavit actor, & subjecta stipulatio pœnalis, quâ reus stipulatus est, ab actore sibi, v. g. centum dari, pœnæ nomine si amplius ageret, aut contra transactionem veniret. Actor postea nihilominus contra agit fundumque repetit. Quær. quæ remedia habeat reus contra actorem?* Et ait Imp. habere *duo* alternativè, actionem *ex stipulatu ad pœnam, & simul condictionem datorum,* aut *exceptionem transactionis,* vel etiam actionem *præscriptis verbis.* quæ in effectu cum illa exceptione coincidit. Et potest reus utrum velit remedium eligere *d. l. 40. l. 37. l. 17. h. l. 10. §. 1. de pact. l. 4. §. 7. de exc. dol. mal.* Quod si autem optatur priori, tum cogetur iterum sustinere actionem pristinam, ab actore rem v. c. vindicante, & excipiente reo de transactione, rectè replicabit actor de dolo, quod & pœnam, & data habeat reus, ideoque rescissa sit transactio, resque restituenda *arg. d. l. 7. §. 4.* Neque verò facultas agendi, ut videri posset, hoc casu sublata est aliter, nisi sub tacita conditione, quia acceptilationi subjecta fuit stipulatio, quæ semper est conditionalis, ut nisi steteris, dabis centum. Et stipulatione pœnali adjecta, actori tacitè datur facultas agendi contra transactionem, si velit ipse solvere pœnam. His suppositis 1. non convenit extensio Wesenb. quod *l. 40. & 9. C. h. t.* etiam loquantur de actore, qui dederit 2. Reus non habet hic opus actione præscriptis verbis, quia iterum conventus, si velit ipsemet servatam transactionem, tutus est opposita saltem exceptione. 3. Si eligat reus actionem ex stipulatu ad pœ-

Ex ea plurima sunt remedia ad servandũ.

Ubi actio per Aqu. stip. remissa, datur act. præscr. verb.

Quomodo ex trãs. sit condictio liberationis.

Effectus pæn. trãs.

nam cum conditione datorum, tum omnino cogitur esse contentus pœnâ & redditione datorum, quod contra b. f. sit, idem bis petere 4. Ostendimus supra falsum esse, quod actione præscriptis verbis insit condictio 5. Si pœna & redditio datorum præstetur, tollitur quidem actio præscriptis verbis ad implendum contractum, & succedit pristina, qua prius negotium iterum ventilatur, attamen hoc officio judicis evenire, non ipso jure falsissimum est. Et *l. 9. verb. officio judicis. de præscript. verb.* vult, quando acceptilatione remissum debitum, ut hoc vel illud fieret, non restaurandam esse officio judicis veterem obligationem, sed promissa præstanda, sc. per actionem præscriptis verbis. Cont. Bachov. *h. in not.* ubi ait, novam hanc esse jurisprudentiam Wesenbecii, & se nescire, unde eam somniaverit, sed hoc scire, ejus ne minimum apicem in jure nostro extare. Prædictis autem affinis & hæc quæstio est; *An altero contra transactionem veniente possit alter simul, & pœnam petere, & simul adigere alterum ad transactionem servandam?*

Q. Quod regulariter negatur, *per l. 40. C. h. t.* ubi alternativa habentur, *junct. d. l. 10. §. 1. de pact. l. 4. §. 7. de except. dol. mal.* Exc. est 1. ubi ita nominatim convenit, quod fieri solet interpositâ hac clausula: *rato manente pacto, ut in l. 6. ubi* N. à Salis *h. t. & l. 17. C. eod.* 2. Cum jusjurandum transactioni est adjectum, in casu *l. 41. h.* VII. ex effectibus optimus Trans. est *quod non liceat pœnitere.*

In trans. non licet pœnitere

Ubi duplex Dd. error notandus 1. quod dicunt in contractibus innominatis licere pœnitere, non verò in nominatis. 2. quod transactio in hoc differat à cæteris innominatis, & pœnitentiam non admittat. Veritas hujus rei hæc est: Pœnitentia in contractu ordinario jure non obtinet, contrariatur enim principiis agentium, *per l. sicut. C. de O. & A.* Aliquando tamen illi locus est non solùm in innominatis, sed & in nominatis. Neque verò in illis semper, ut nec in omni contractu nominato. Transactionis autem hæc natura est, quod pœnitendo ab ea non discedatur; cum sit actus quo lites deciduntur, quas sopiri publicè interest, ad similitudinem cum re judicata, *l. 10. l. 30. l. 39. C. h. t.* Exceptio est imprimis si ex falsis instr. transactum, *l. pen. C. h. t. C. si ex fals. instr.* si mutuo dissensu recedatur. Ubi tamen dist. an transactio ab utraque parte sit impleta (si actor remisit, reus dedit, vel fecit) an non. Illo casu uterque quidem pœnitere potest, & rebus hinc inde restitutis agitur ex integro, *l. 14. C. h. t.* Hoc casu distinguendum inter actorem & reum: Actor si acceptilatione actionem remisit, altero volente implere, pœnitere nequit, si verò remisit nudo pacto, atque fortè aliquo insuper dato, ut & alter det vel faciat, tum hoc cessante & nolente implere, licitè pœnitet *l. 27. ff. de inoff. testam.* In Reo si quid dedit altero cessante implere, idem obtinet, *dd. ll.* Secus itaque si hic implere paratus recedere nolit, tunc enim standum transactioni. Ita responderunt Dn. Antecessores Fac. S. V. R. 3. Nov. ann. 1621. verbis: Daß D. de VV. nunmehr nicht pœnitiren/ und die vorgemelte transaction, welche von den Vormündern/ ihrem bericht nach/ auff dessen Haußfrawen beliebung eingangen/ von ihm auch mit annehmung etlicher Gelder/ die jengemelter seiner Haußfrawen an ihrer portion gekürtzet werden sollen/ beliebet/ zu hintertreiben nicht befugt/ sondern des darwider beschehenen einwendens ungehindert/ dieselb steiff und fest zu halten schüldig sey. Add. *l. 22. C. h. t. interpositas. eod. l. dolum, C. de dol.* Et aliàs præstat *τὸ μὴ κινεῖν καμαρῖναν* h. e. non movere Camarinam, de quo post alios Petr. Greg. *synt. lib. 28. c. 2. n. 2. & 3.* Cujus moribus omnibus populis receptum, ne lites voluntariè finitæ resuscitentur. Conferatur *Greg. in sh. sheus h. t.* & obiter notetur hic concursus solidissimorum principiorum servandæ transactionis; quæ ex moralibus & politicis hauriuntur; 1. quoniam id contrariatur princ. hum. act. 2. injustum est (cum omnis transactio fiat per conventionem *l. 38. C. h.*) *l. 1. de pact.* 3. publicæ privatæque utilitati adversatur, cum intersit promovere in societ. civili tranquillitatem, litesque non resuscitari. Add. modò Dn. Mev. à transactione postquam receditur non posse agi pristina actione restitutâ, nisi acceptis quoque restitutis, *p. 1. dec. 126.* nec non ad transactionem semel remissam justè regredi licere, ubi non servatur quod pro renunciatione convenit, *p. 1. dec. 127.* IIX. Denique specialis effectus in majore 25. annis, non servante transactionem juratam est, quod 4. incommodis afficiatur, infamia, amissione actionis, pœnâ promissâ, & redditione datorum *l. 41. C. h. t.* quam Br. & Castr. vocant singularissimam; unde nec ad minorem 25. neque ad pactum juratum extendi debet. Vid. Giphan. *ad d. l. 41. C. h. t.* D. Richter. 1. *decis. 33.* Carpz. *pr. cr. p. 1. q. 46. n. 19.* Lex enim illa potissimum civilibus principiis nititur. Sed & hoc ad effectuum in hoc tum pertinet, quod transactiones quoque novent præcedentem obligationem, ne eadem controvertendi materia maneat, Do. Stuck *p. 1. conf. 4. n. 754. & seq.* nec tamen in us obtinent *l. f. C. de novat.* Id. *n. 756.*

Nec jure gent.

Ob varia princ. hic concurrentia.

Effectus ejus & specialis.

N. IIX. *Dolus quia quadantenus*) Q. *An transactio dolo facta ipso jure nulla sit?* Disting. nonnulli in contractibus b. f. inter dolum, dantem causam contractui & incidentem, ita ut priori casu ipso jure nulla sit transactio, posteriori verò subsistat. Contractus verò stricti juris ipso jure sint validi. Verùm distinctio hæc transactioni (quæ nec contractus est, nec pactum) accommodari nequit. Cum verò eadem sit negotium stricti juris ex se, maximè si pacto vel stipulatione aut innominato contractu ejusdem conditionis perficiatur, rectiùs dicitur indistinctè, transactionem dolo initam *ipso jure subsistere*, & competere exceptionem, replicationem, vel quandoque doli actionem, *l. 4. l. 19. C. h.* (juxta principia à forma legum indirecta) quod per dolum primo voluntatis principio Cognitioni valde officiatur, ideoque à parte decepti, juxta fundamenta justitiæ benignæ *l. 36. de V. O. pr. h. de except.* voluntas excludatur: Fallit autem quod supra dictum, si de ipso dolo transactum sit *d. l. 4.* Ita dolum per modum exceptionis transactioni oppositum probandum esse, responderunt Dn. Antecess. Fac. Burchardo à Velthem verbis: Wann gedachter Kläger/ daß er angezogner massen in dem hinc inde allegirten Vertrage von dem beklagten listiglich hintergangen/ rc. darthun und erweisen wird/ daß darauff ergehen soll was recht ist/ ann. 1610. d. 24. Dec. Vid. D. Richter *decis. 87. n. 14. & seq.* Dolus autem hic intelligitur ex proposito, *Gail. 2. Observ. 70.* Retractatur quoque transactio ubi ex falsis instrumentis est inita, ob dolum qui in falso intervenit, *l. pen. C. h.* Eodemque refero ubi transactio extorta per evidentem calumniam, quasi mox lis certo fuerit subeunda, *l. 8. §. 20. h. l. 65. §. 1. de cond. indeb.*

Q. an ob dolum nulla sit trans.

Sed an ob læsionem immodicam) Q. *An transactio b. f. inita rescindi possit ex l. 2. C. de rescind. vend.* Verior est sententia negativa, quam Gailius præjud. Cam. Imp. affirmat. *d. 2. obs. 70. n. 1.* quia rescripto speciali Imperatoris non rescinditur, *l. 15. C. h. t.* ergo multò minùs per *d. l. 2.* ut rescriptum generale: 2. quod beneficium *d. l. 2.* saltem locum habeat in contractibus b. f. & ob humanitatem. 3. quoniam omnis transactio est de re dubia vel lite E. hîc læsio ultra dimidiũ (ut in remedio instituto ex *d. l. 2.* obtinet, ubi tẽpore contractus subfuisse læsionẽ illam, omnino probandũ *l. 8. C. de rescind. vend.*) nunquã probari potest; quoties namq; de re dubia & incerta quæstio est,

Q. an ob læs. immodicam locus sit l. 2. C. de resc. vend.

eſt, læſio allegari nequit, cum illa certam non habeat æſtimationem, *l.75. de V.O.* Hincque dicitur *in l.78.§. fin. ad Trebel.* neque propter læſionem ad quadtuplum tranſactionem rettactandam, 4. quod res judicata propterea non ſit reſcindenda. E. nec tranſactio, *arg. t.s.C. de re judicat. add. l.19. l.23. C.h.t. c.1. eod.* ſec. principia à tranquillitate Reip. deducta, Mynſing. 1. *Obſerv.*33. Vinn. *d.tr.c.f.n.*11. *& ſeqq.* Diſſent. Weſenb. eum Pinell. *in l.2.p.2.c.4.n.14. & ſeq. C. de reſcind. vend.* per *l.5. C. de dol. mal & l.36. de V.O.* Hæcque ſententia in Electoratu Saxon. obſervatur, *p.2. conſt.*34. de qua vid. Berlich. 2. *concluſ.*42. ubi concedit, hanc quæſtionem ſuper tranſactione ineptè formari ex *d.l.*2. & vult ſumendam atque deciſam eam eſſe *in d.l.*5. Sed Reſp. 1. ad *l.*5. eam loqui de tranſactione minoris, neque b.f. ſed dolo facta, quæ retractatur actione doli vel in factum 2. ex *arg. d.l.*36. non probari poteſt, ubi adeſt læſio ultra dimidium (ſc. dolus in re ipſa) ibi etiam dolum eſſe ex propoſito, conſequenter & reſcindendam tranſactionem. *Gail. d.l.* Nam *in d.l.*36. hæc tantum comparantur ſecundùm quid; ſi enim per machinationem ſtipulando quis aliter obligatus eſt, quàm conveniſſet, obſtrictus is eſt quidem juris ſubtilitate, etiam is qui convenit ubi res ipſa dolum habet; & in hoc conveniunt, ut & in ipſo effectu exceptionis. Si enim quid petitur ex ejuſmodi ſtipulatione, uterque poteſt opponere exceptionem doli. Attamen hoc intereſt, 1. qui per machinationem fefellit, apertè eſt in dolo, alter verò eo ipſo dolum facit quod petit, *d.l.*36. 2. Exinde non infertur ad beneficium *d. l. 2. C. de reſcind. vend.* 3. in ſe differunt prædictæ ſpecies doli, & in negotiis ſtricti juris, & in contractibus bonæ fidei, in quibus dans cauſam contractui eum reddit ipſo jure nullum, *l. 7. de dol. mal.* dolus autem ex re non item *l. 16. de minor.* in negotiis verò ſtricti juris comparantur tantùm ratione effectus. Indeque nihil magis ſequitur, quàm quod poſſit in his opponi exceptio doli, ob dolum re ipſa intervenientem, non verò quod poſſit tranſactio propterea etiam reſcindi. Conf. Beluld. *in delib. h. t. n.* 21. Mantic. *de tac. & ambig. convent. lib.* 26. *t.*9. Richter. *p.2. deciſ.*99. *n.* 54. *& ſeqq.* I. F. Balthaſ. *t.7. reſol. Bav.*2. qui ex æquitate in tranſ. hoc admittit. C. Klock. 2, *conſ.*31. *n.*55.

DIGESTORUM LIB. III.

TITULUS I. C. 2.6.

De Poſtulando.

1. Continuatio.

Cum res neque pacto, nec tranſactione conveniri poteſt, procedit judicium, & poſtulationes fiunt, ac reus contradicit deſiderio & intentioni agentis. & quidem ſi fieri poteſt, ante omnia proponit exceptionem Dilatoriam: qua oſtendat, jus agendi actori non competere, vel quis poſtulare non poteſt, vel quod idoneum non habet mandatum, vel quia calumniator eſt, &c. Nam hæc dilatoria exceptio, introitu ante litem conteſtatam eſt proponenda, neque enim poſtea admittitur, aut auditur, *l. ita demum. 13 ubi gloſſ. & Dd. C. de procurat.* Antequam igitur in ipſa judicii gradus inferatur, rectè inſtituta eſt de his omnibus diſputatio: nempe de his qui poſtulare poſſunt, & de procuratoribus, atque id genus aliis, qui tam ſuo quam alieno nomine agere poſſunt, vel non poſſunt.

2. Quid ſit poſtulare: quomodo à procuratione differat.

Poſtulare porrò aliud eſt, quam procurare. *§ penult. & § fin. Inſtit. de ex. opt.* Nam procurandi verbum, propriè ad curam alienorum negotiorum retetur. Poſtulare autem quiſque dicitur in judicio, ſive ſuo nomine quid petat, ſive alieno *l. 1. hoc tit.* Et procurare magis privatum officium, *vide uſr. de verbo* poſtulare publicum denotat. Nam apparet, inſequentibus temporibus verbum poſtulandi pro advocatione uſurpari cœptum, *l. 2. §. & tot. tit. C. de poſtulan. l. 1. § 1. hoc tit.* Poſtulare, inquit I.C. eſt deſiderium ſuum vel amici ſui hoc eſt, alterius cujus negotium gerit, in Jure, hoc eſt in judicio majore, ſcilicet coram Prætore vel tribunali, apud eum qui juriſdictioni præ eſt, hoc eſt (ut nunc loquimur) apud ordinarium Magiſtratum (non delegatum) exponere, vel alterius deſiderio contradicere: *l.1. in princ. hoc tit.* Nam & qui contradicit, vel excipit, poſtulat aliquid quia effectum petit ſe a poſtulatione adverſarii abſolvi.

3. Cauſa efficiens: & an ſit munus neceſſarium.

Quod ad cauſam efficientem attinet, Prætor ſeu Ordinarius magiſtratus, dat petentibus litigatoribus patronos, qui eorum nomine poſtulent *l.1. § ait prætor. 3. hoc tit. l. fin. C. de poſtulan.* etiam invitos *l. providendum. C. de poſtulan. gloſſ. in . § item ſi deiator. ad verb perdit. qua fuit pr. cauſa beneſ. amis & hic in l.1. ad verb non habebunt hoc titul.* Nam poſtulare, publicum quodammodo munus eſt, *l.2. in verb. poſtulare, d. reg. jur.* Ad publica verò munera, etiam inviti coguntur, *l.1. in princ. de adminiſt. tut. vide de muneribus, tot. tit.* Neque tamen cogit magiſtratus gratis quem poſtulare, ſed ſumptibus petentis. *gloſſ. in d.l.1. § an prætor. ad verb. non habebunt, hoc tit. per l.1. §. in honorariis, de variis & extraor. cognit. pro quo etiam textus in l. 4. §. fin. in verb. suis ſumptibus ſupr. de eden. & in § finnum in Authen. ut nem de app cognoſc. Bart. in l. . § divus ad S C. Syllanianum.* Quòd ſi tenuiores ſint litigatores, quàm ut ſalarium præbere poſtulantibus ſuo nomine poſſint: non tamen debent Magiſtratus pati, cauſam eorum relinqui deſertam: ſed potius ſumptum de publico, *gloſſ. & Dd. in d. l.1. ad verb. non habebunt . . . titul.* aut ſaltem ex ærario eleemuſynarum communi ſuppeditare. *Paris de Puteo in tract. ſyndicatus, ad ver. carcer. & carceratos, cap. 4. n. 5. & 2. per l. 8. & l. judices. 10 C. de epiſcop. audien.* Nam eſt etiam ſpecies eleemoſynæ, pauperibus præbere patronos, *c. filius. &c. deſinit, 17. quæſt. 4. item Bald. in l. fin. . . in fin. C. de his qui ad Eccleſ. confug.* Sed huic rei in pleriſque hodie curiis aliter provideri ſolet: conſtitutis nimirum aliquot advocatis publico ſalario, qui cauſas egenorum agant, & tueantur, qui procuratores pauperum, ut ſunt, ſic appellantur. Et hæc quidem ita in civilibus obtinent. Nam in criminalibus, ſi quis aliquo accuſante fuerit cuſtodiæ traditus, & ſibi ipſi ſuppeditare in parandis advocatis nequeat, æquius eſt, eum ſumptum ab adverſario, cujus rogatu incarceratus eſt, præberi quoniam & ad hunc alimentandi reum, qui ſibi ipſi ſufficere nequit, onus redit, *ut eſt g oſſ. communiter approbata in l. fin. ad verb. agnoſcere, C. de ero; a milit anno lib. 12. per d. § ſi nuum in Authen. ut cum di appell. cognoſc. Paris de Puteo in d. tracta. ſynd. carus. prædic. loc. c 4 per tot.*

4. Qui poſtulare prohibeantur edicto.

Poſtulare omnes poſſunt, qui non prohibentur, *l. nemini 43. de procuratoribus.* Prohibentur autem poſtulare quidam Edicto, quidam Lege, quidam Sententia judicis. Edicto vetantur tres hominum ordines. *l. 1. § 1 hoc titul.* Primus ordo tam pro ſe quam pro aliis poſtulare prohibetur, in quo ſunt minores 17. annis: *d. l. 1. § initium hoc titul.* item ſurdi, qui juſſum Magiſtratus exaudire non poſſunt. *d. l. 1. §. initium.* Secundo ordini tantum pro aliis poſtulare non licet: ex quo ſequitur, ut pro ſe poſſit: in quo cenſentur fœminæ, cæci, & inſigni quadam turpitudine notati. *d. . 1 §. ſe unde loco.* Nam quod ad fœminas attinet, remotum eſt à pudore ſexus, eas virilibus officiis fungi *l. 1. quoad mul. tut. off. l. alienam. 8 C. de procur. l. 2. de reg. jur.* virile autem eſt officium alienæ cauſæ præeſſe, intercedere & patrocinari: *l. alienam. 18. C. de procur. l. 2. de reg. jur. l. non deſtin. nemus. 32 § 1. de arbitris, l neque 54 de procur. Spec. de procur. §. 1. num. 2 & 3 l. 1. in fin. & l. 2. de inju. §. patitur. Inſtit. eod. tit.* atque adeò civile, & quodammodo publicum, *d. l. 2. in verb. poſtulare, ubi Dd. . . num. 9. de reg. jur.* Officia autem publica & civilia, virorum ſunt, non mulierum

d. l. 2. de regul. jur. d. l. 1. C quando mul. tut. off. Unde & Telemachus apud poetam, arcet matrem concione, inquiens, orationem viris curæ esse oportere, Et D. Paulus, 1. Cor. 14. 34. ait, turpe esse mulieribus, in virorum cœtu verba facere. Quare ne pro liberis quidem matres in judicio postulare possunt, *l. liberto 31. §. quanquam. de negot. gest.* etiamsi aliena negotia, extra judicium rectè exequantur. *d. §. quanquam.* Hodie autem moribus nostris Sax. nedum pro alio, sed etiam pro se postulare mulier prohibetur: nec habet legitimam personam standi in judicio, sive agat, sive defendat, unde illi curator seu tutor in litem datur. *Chris. in pract. 1. 2. per art. 44. & 46. cum seq. lib 1.* Cæcus quoque postulare prohibetur pro aliis: quia (ut inquit I. C.) reverentiam Magistratus dignitatem nequit: *d. l. 1. § cæcus,* judex tamen dari potest, *l. cæcus, 6. de judiciis.* Nam judicia olim etiam privatis a prætore mandabantur, *l. ult. de off. ejus cui mand.* Itaque huic nihil obstat quod dicitur: *in d. l. 1. hoc tit.* Cæcos magistratum quidem retinere, sed ad novum aspirare non posse. Nam aliud erat Magistratuum dignitas, aliud judicandi potestas. *l. cum prætor. 12. de judic.* Excipit etiam in hoc ordine prætor personas quasdam, insigni turpitudine deformatas: ut damnatus de calumnia publico judicio: *d. l. 1. §. 2 cum seq.* damnatos capitali crimine. *d. l. 1. §. removet 5* passos muliebria: & eos qui operas ad depugnandum cum bestiis suam elocaruot. Atque hi quidem Senatusconsulto prohibentur, etiam apud Padaneos judices postulare, *d. l. 1 §. removet. 5 versic item.* Quod ideo addo, ut intelligatur, hoc edictum tantum ad postulationes, quæ fiunt coram ordinariis superioribus, Magistratibus, qui pro tribunali jus dicunt & apud quos est legis actio, pertinere *l. 4 § hoc judicium, de damn. infect.* Nam si edictum pertinuisset ad judices Pedaneos, non opus fuisset S. C. Sed cum hoc S. C. nunc sit in corpus juris redactum, sequens est, prohibitionem hujus edicti peræque hodie valere in judicibus Pedaneis & Delegatis, atque in Ordinariis. Est tamen æquissimum, si tutelam vel curam ejusmodi personæ administrent (sicuti administrare possunt, cum munus sit privatum *Bart. in l. cum eorum, 5. hoc tit. vide infr. de tut.*) postulare eos pro his quorum curam gerunt. *d. l. 1. fin. in fin. d. l. puto 6. hoc t.* Tertius ordo à Prætore comprehensus edicto, non in totum prohibetur pro aliis postulare, sed tam pro se quàm pro personis duntaxat certis postulare potest: puta pro parente, fratre, sorore, uxore, socero, patrono, patrona, eorumque liberis, aliisque, de quibus sub titulo. De in jus vocando, dictum est: item pro genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna, aliisque conjunctis fortè ad quartum usque gradum *gloss. in l. 4. de testibus glo. & Dd. in l. fin. extr. eo glo. & Bart. in l. sed & hæ de procur.* item pro personis, quarum tutelam curationemque gerunt: utpote pro pupillo furioso, fatuo, &c. *d. l. 1. §. fin. cum ll. seq. hoc tit.* Pro aliis autem personis, quæ edicto comprehensæ non sunt, postulare hic ordo prohibetur. In hoc autem ordine prætor posuit omnes omnino non Singulari, sed qualibet infamia juris notatos: exceptis illis qui propter insignem infamiam, in secundo ordine suprà sunt locati, *d. l. 1 § fin.* Ex quo intelligi potest, infames tutelam curationemve alienam gerere posse, cum ex edicto pro pupillis minoribusque suis ad postulandum admittantur. Et hi quidem tres ordines, edicto prætoris à postulationibus removentur, & ita removentur, ut ne volente quidem adversario, contra prohibitionem edicti rectè postulent *l. quos prohibet. 7 hoc tit.* Nam etsi illæ judiciorum partes quæ potissimum ad litigatorem spectant, pactis eorundem immutari possunt: *vide Dd. in l. 2. §. sed quia veremur. C. de jur. ob cal. c. inis, de testib. l. si convenerit, 16. de re judic. cum simi. &c.* tamen quæ præcipuè ob dignitatem publicam Magistratus observandam, instituta sunt, ut est Postulationis prohibitio, *l. 2. §. 1 & 4. hoc tit. in verb. insignia magistratus videre & reverer. & l. 7. 8. 9. de jurisd.* ea veluti jus publicum, *l. 1. § hujus studii. de justit. & jur. l. si quis 8. cum ll. seqq. de jurisdict.* non possunt conventione litigatorum convelli, *l. jus publicum, 38. de pact.*

5. *Quis lege vel sententia judicis.*

Lege quoque quibusdam postulatio pro aliis interdicta est: ut Judicibus atque Arbitris, in ea causa quam judicaturi sunt: *l quisquis, 6. C. eo.* hæreticis, *l fin. C eod.* Clericis, nisi pro se aut conjunctis agant, *c. 1. & c. fin. de postul.* potentioribus, *l unic. C. ne potentiores* fisco & civitatibus, *l. 3. & tot. tit. C. ne fiscus vel respub.* liberto contra patronum: *l. a. C. eod.* vasallo contra dominum, *c. 1. §. item si delator. ubi gloss. ad verb perdet qua fuit. pr. caus. ben. amit.* & aliis denique omnibus, qui legitimam personam standi in judicio non habent, *vide tit. C qui leg. personam stan. in judic.* Sed & Judicis quandoque sententia prohibitionem postulationis facit: ut cum advocatis aut procuratoribus, ob contumaciam, vel delictum, vel aliam causam postulatione interdicitur, vel ad tempus (puta quinquennium) vel in perpetuum *l moris, 9 de pœnis, l. 5 & 6. hoc tit.* Si tamen tantum apud se Magistratus postulare prohibuerit, coram successore ejus nulla obstabit prohibitio: quod aliter est, si indefinitè postulationibus sit interdictum, *l. puto, 6. hoc tit. ul l 1 C. eodem* Ita tamen prohibiti, nequaquam vetantur consilio, scripturis, aut aliis privatis actionibus, causæ litigatorum extra judicium inservire, *Bartol. in l 1 § 1. num 1. & 5. hoc tit. Doctus in l 2. num. 9. cum seqq. de regu. jur.* Sed & qui sententia judicis relegati sunt, aut alioqui in civitate esse prohibentur, aut in curia, quin postulandi jus nullum habeant, dubitari non potest, *l imperator. 8 hoc tit.* In admittendis autem postulatoribus, erit judicis providere, ne peritissimi quique advocati ab una stent parte sed ut æqualiter utrinque distribuantur: ne alterutra causa ab inopia boni patrocinii damnum faciat, *l providendum, 7 C. eod.*

6. *De forma postulationis.*

Forma autem proponendæ postulationis, certa dari nequit, cum pro varietate causæ sit varia: quanquam modus exercendæ advocationis, utcunque alibi describatur. *in l. quisquis, 6. C. eod. & latè à Speculatore in tit. de advocata*

7. *Finis & effectus.*

Finis hujus edicti est, ut reverentia & dignitas Magistratus conservetur: cui quodammodò ad circumfluentem turbam ignominiosum est, si turpes & improbi sycophantæ atque Phormiones, coram eo impudenter altercentur. *l 1 §. secundo loco, cum seq. hoc tit.* Effectus autem prohibitionis est, quòd, qui contra eam postulat, non modò repellatur à postulando, sed etiam pœna mulctetur arbitraria. *l. 1. §. adversarius, h. tit.* Nam quotiescunque lex aliquid prohibet, nec adjicit certam pœnam quæ contravenienti irrogetur: toties pœna arbitrio judicis commissa intelligitur. *glo. & Dd. in l. 3 C. de sacrosan. Eccles.* Illud etiam ad effectum pertinet, quòd quamdiu quis idoneum advocatū non habet, aut habere non potest, tamdiu propter contumaciam damnari nequeat. *c. 1. ut lite. non contest. ubi glo. ad verb advocati* Non tamen hæc exceptio eò prodest, ut negotia propter contumaciam ante definita retractentur. Imputet enim sibi, qui à tali definitione non appellavit, *l. l. 4 C. eod* Quanquam enim à contumacia non appelletur, *l. 1 ubi gloss. C. quor. app.* tamen si quis neget se in ea fuisse causa, ut pro contumaci debuerit condemnari, non video cur justas excusationis suæ causas per appellationem inducere non possit, *l. & post. 73. §. ult. de judic glo. & Dd. d l. 1 C quor. appell.*

OBSERVATA.

VI. inter præpar. judic. Postulatio & procuratio

N. I. *Et postulationes fiunt*) VI. inter præparatoria judiciorum rectè refertur *Postulatio* & quæcunque huic affinia *h. lib. 3. Add. A. h.*

Quid postulare. Hoc loco.

N. II. *Postulare*) Hoc verbum interdum dicitur de causis *criminalibus*, & est accusare, ut postulare reum, *l. 38. §. 6. ad L. Jul. de adult.* postulare criminis, *l. 41. de solut.* & simpliciter postulare, *in l. 31. §. 4. de donat.* Quandoque autem ad causas civiles refertur. Et tum iterum dupliciter accipitur 1. latè, quomodo haut differunt postulare & advocatum esse s. advocati officio fungi; quod est juxta *l. 1. h. t.* desiderium sui vel alterius apud eum qui jurisdictioni præest proponere, & alterius desiderio contradicere: quod alibi dicitur pro tribunali petere, *l. 4. §. 8. de damn. infect.* 2. strictè significat advocati officio fungi, ut *l. 2. 3. & t. t. C. h. t. l. 1. §. 4. ff. eod.* Dicebatur autem postulatio fieri κατ' ἐξοχὴν apud eum qui præest tribunali, *d. l. 4. §. 8.* Verùm quod etiam apud minores fieri potuerit, nullus dubito 1. ob potestatis principium, quod in illis ipsis est, cum jurisdictionem habeant *l. 29. §. 7. ad L. Aquil.* & itidem sint magistratus *l. 12. de jurisd.* 2. *l. 1. §. 6. vers item h. t.* ubi calumniæ damnatus prohibetur apud per judicem pedaneum postulare (i.e. apud minorem magistratum qui in subsellus jus dicebat;) quia privatio præsupponit habitum.

Fiebat etiam apud magistr. infer. s. pedan.

Q. autem hic *de delegato?* Et si hic sumitur secundum jus Canon. pro mandatario, id indubium est, *arg. l. 2. de jurisdict. t. t. de off. jud. de l.* & hactenus falsum, quod A. ait, apud delegatum non posse postulari; quia videtur per hunc utique intelligere mandatarium, propter oppositionem ordinarii. Si verò delegatum sumas pro judice dato cum formula, sec. *l. unic.*

Q. de delegato.

Et de judice cum formul.

l.unic. C. qui pro jurisd. tunc verè dicitur ad hunc postulationem hujus edicti non pertinere, quia de ea hîc agitur quæ apud illum fit qui præest jurisdictioni *l.* 1. §. 2. *h.* quod de judice cum formula prædicari non potest. Gloss. *in d.* §. 2. Qui itaque prohibitus h.t. postulare, apud judicem datum postulare potest. Nec obstat *l.* 2. §. 6. *v. item. h. t.* unde prohibitionem SCto extensam deinceps ad judicem pedaneum putat Vmm. 2. *de proc.* 10. & Bach. *ad Tr. h. d.* 8 *th.* 2. *G.* Nam ibi per judices pedaneos intelliguntur magistratus inferiores; quia judices pedanei cum formula nullius erant dignitatis, coram quibus itaque postulaturus nemo poterat repelli: & Prætor saltim suæ dignitatis causâ edictum proposuit, *d. l.* 1. §. 2. & §. 8. *h. t.* Quin etiam prohibitio ex SCto non postulandi coram judicibus pedaneis in *d. l.* 1. §. 6. *h.* præsupponit subjectum habile h. e. judicem alicujus dignitatis, qualis inferior magistratus, *arg. l.* 1. *C. de magistr. munic.* non judex datus cum formula.

Vera causa efficiens.

N. III. *Prætor*) Agit hic de postulando in strictiori significatu. At verò tum causa efficiens patronorum propriè sunt litigatores, *l.* 1. §. 4. *h. t. l.* 2. *C. de advoc. divers. jud.* quia quisque potest sibi advocatum eligere quem velit, etiam ubi certus eorum numerus, *O. C. p.* 1. *t.* 26. Magistratus autem dat per accidens, vel quando pauperes sunt litigantes, vel quis non facilè haberi potest, *l.* 9. *de offic. proconf.* Etiam *inviti* dari possunt; sive ordinarii sint sive extraordinarii (s. supernumerarii) modo judici ratione jurisdictionis subjecti 1. quod quodammodo publicum sit eorum officium, & ex se & sui naturâ, & quatenus in Rep. solent certi esse publicè constituti, *Bachov. hic in not.* 2. quod in genere eorum munus sit, partibus litigantibus inservire: 3. per text. *in l.* 7. *C. h. t. l.* 9. §. 4. *de pœn.* Neque enim in contrarium facit *l.* 156. *de R. I.* quod nemo invitus cogatur rem defendere, quæ ad materiam rei vindicationis, non huc pertinet, & explicanda est *ex l. fin. de R. V.* Exceptiones sunt *in l.* 8. § *ult. l.* 9. 10. 17. §. *f. de proc. O. C. p.* 1. *t.* 19. Conf. D. Eberh. Speckh. *Cent.* 2. *qu. ult.* Besold. *in delibat. h. t. n.* 1. Petr. Frid. 2. *de proc.* 53. *n.* 8. Diss. Gloss. *in c.* 1. *de empt. vend.* Advocatus tamen vices defensoris vel procuratoris invitus suscipere non tenetur, Dn. Mev. *p.* 3. *dec.* 299. Pauperes si advocato indigeant, sumptus ex publico fiunt, hodie si illi præstant juramentum paupertatis. *O. C. p.* 1. *t.* 19. Tunc enim processus in Camerâ Imp. non tantum ex Cancellaria gratis expediuntur, sed & nuncii executionem gratis facere tenentur. Quod si tamen victores existant, ejusmodi sumptus refundere solent. Gail. 1. *obs.* 43. Conf. I. Blum. *p. Cam.* 1. 64 *n.* 27. Idem obtinet in illustrib. Ducatib. Br. & Lun. Fürstl. Braunschw. Hoffger. Ordn. *t.* 12. Imò miserabilibus personis, quæ non habent quod tribuant, ipsi etiam advocati, licet publicè ad id non constituti, gratis patrocinari naturaliter obligantur, non quidem ex justitia aliqua commutativâ sed ex charitate, pietate, *Exod.* 23. 4. *Matt.* 7. 12. Hæc enim est Eleemosyna Advocati, quatenus est talis, Guilielm. Ames. *de conscient. & ejus jure lib.* 5. *c.* 45. *q.* 9. *n.* 44.

Quomodo invitus cogi advocatus possit.

Quomodo detur pauperibus.

Quib. quæ & naturaliter obligatur gratis patrocinari.

Q. de sumptibus advocatorum incarcerati.

Et sibi ipsi suppeditare) Rectè. Si enim incarceratus alimenta sibi ipsi comparare possit, accusator ad illa præstanda non tenetur; si verò de illis non sufficiat sibi prospicere, æquum est ea sumptibus accusatoris suppeditari, quia ad hujus petitionem & utilitatem judicium exercetur, & sumptus ejusmodi necessarius est, quo sine accusator finem suum consequi nequit. Et ita intelligi debet quod habetur *art.* 204. *Const. Car. Crim.* der Anklåger muß dem Büttel vor atzung geben. Ex paritate autem rationis ejusmodi distinctio & ad sumptus Advocatorum extendi potest, quod & illorum opera hîc, ut alimenta, inter expensas necessarias referantur. Add. modò Dn. Mev. *p.* 3. *dec.* 45.

Quidam postulare prohibentur edicto, vel lege, contra Bach.

N. IV. *Edicto, quidam lege*) Quoad prohibitos postulare rectè distinguit Wesenb. *h.* inter *Edictum & Legem.* Quamvis enim edicta hodie ad legem possint referri, uti sentit Bachov. *in not. h.* tamen perpetua horum adhuc in permultis est differentia, quoad theoriam & principia juris probè cognoscenda; Ideoque interest potius retinere hanc distinctionem quàm eâ rejectâ cum Ipsu aliam suppeditare. Et aliàs eâdem ratione omnes actiones hodie legitimæ sive civiles dicendæ forent, nullæ Prætoriæ, quarum tamen insignis adhuc est, ut suo loco dicemus, differentia. Recta quoque est Autoris distinctio quoad *mulierem.* Jure enim *Cæsareo* pro aliis (etiam pro liberis) prohibetur quidem postulare, sed non pro se ipsa *l.* 31. §. 6. *de neg. gest.* Sicque agendo vel excipiendo potest in judicio comparere, *l.* 4. *v. nisi in rem suam C. de procurat. arg. l.* 1. §. 3. *h. t.* vel etiam ejus nomine maritus als Ehevoigt/ oder in ehelicher Vormundschafft/ in causis civilibus. Conf. Pruckm. *de jure mulier. p.* 1. *m.* 2. *art.* 1. Joach. Wibel. *de contr. mulier.* At jure Saxonico, sive actrix sit sive rea in causis pecuniariis, judicialiter nihil omninò potest agere sine constituto curatore ad litem, quem ei magistratus dare, etiam ex officio, tenetur. Idemque in ipsis maritis obtinet, ut eodem jure non als eheliche Vormünder/ admittantur, sed requiratur vel singulariter sint ad id constituti, eoque nomine Curatorium exhibeant, vel saltim caveant de rato. Aliàs judicium est ipso jure nullum, propter personæ mulieris inidonettatem, *arg. l.* 1. *C. qui person. legit. stand. in jud.* Vid. Matth. Coler. 1. *dec.* 67. Atque hoc etiam servatur in illis locis, ubi vel jus Saxonicum receptum est, vel ista constitutio Curatoris ad litem consuetudine, ut apud multos obtinet, aut statuto inducta. Sunt vero ejusmodi tutores saltem Einråther und beystånde / ideoque à veris tutoribus valde differunt. Add. de iis Besold. *thes. pract. in v.* kriegischer Vormund *n.* 47. Cæterum de personis *Conjunctis* quod hîc subjicitur, non parum dubii habet, neque restringi potest ad quartum gradum istiusmodi postulationis admissio; 1. quia argumentum ex *tit. l.* 4. *de testib.* sumptum à testibus conjunctis admittendis vel non, ipsum dubium est: aliis gradum decimum ponentibus, intra quem testimonium propinquis injungi nequeat, aliis septimum gradum, non nullis sextum, quibusdam vero tertium, quos examinat novissimè D. Carpzov. *de arb. cons. & aff. d.* 3. *th.* 9. *n.* 96. *& seqq.* 2. In *l.* 1. § *f. & seqq. h.* mentio fit personarum quæ nec sanguine nec affinitate junctæ, ut uxoris, pupilli, fatui, furiosi, pro quibus conjuncti admittantur. Itaque dixerim, conjunctas personas hic intelligi tantùm quæ *dd. ll.* sunt nominatæ. Est tamen ab his cautio præstanda rem ratam haberi *arg.* §. 40. *l.* 15. *de procur.* Cæterum notari hîc meretur, quod in postulatione admittenda ratio habenda sit dignitatis & decoris magistratus, ne contra publicam honestatem temerè coram illo postuletur. Hinc enim tres ordines fecit Prætor *h. t.* eorum quibus postulationem prohibet aut permittit, quod ex fontibus prædictis promanat.

An mulier.

Conjuncti quom. admittantur.

Ratio honestatis h. hab.

An vasallus contra dominum postulare possit.

N. V. *Vasallo*) Non potest hic contra dominum postulare 1. *arg. l.* 2. *C. h.* ubi liberto id prohibitum. 2. propter reverentiam quam domino debet, etiam juratam 2. *F.* 6. 7. 22. & 23. *junct.* 2. *F.* 24. §. 2. & 33. §. 1. Conf. Gail. 2. *O.* 88. *n.* 5. Sed Q. *an postulare prohibiti, inservire extrajudicialiter possint consilio, scripturis, aut aliis privatis actionibus?* A. affirmat: pro quo facit *arg. l.* 9. §. 5. *de pœn.* quod prohibitiones odiosæ, strictique sint juris; Et strictè atque κατ' ἐξοχὴν advocare s. postulare est alterius desiderium in judicio proponere, *l.* 1. §. 2. *h. l.* 14. *C. de advoc. div. judic.* Hoc itaque prohibito, operæ extra judiciales prohibitæ non censentur,

Batt.

Bart. *d. l.* 1. Dn. Mantz. *h. n.* 23. Besold. *d. l. q.* 2.

Officia advocati.

N. VI. *L. Quisquis. C. h. t.*) Decantata hæc lex est, continens *officium Advocati*, subinde quoque inculcata in ordinat. Cancellar. Duc. Br. & Luneb. §. 26. *junct.* §. 23. & 24. Ordin. Provinc. *c.* 7. Constit. D. FR. ULR. *ann* 1616. 17. *sept.* & *altera* 1624. 23. *Mart.* Juxta quas consulti in Fac. Jur. respondimus Senatui Lün. talia in sua quoque civitate recipienti, juri Cæsareo & provinciali communia, ann. 648. d. 21. Aug. Et contra *d. l. quisquis* agenti pœnam pecuniariam sub gravi comminatione dictatam memini Responso ad Sen. B. a. 1631. 27. Februar.

Octo vitia advocato fugienda.

Quibus jungi possunt *octo vitia* & iniquitates in ejusmodi munere sedulo vitandæ, quas subjicio ex Cajetan. *in summul. de peccatis pag. m.* 23. his ejus verbis licet inelegantibus. Advocati, inquit, & Procuratoris iniquitates sunt octo 1. est assumere causam injustam defendendam, ita quod novit esse injustam. Nec excusatur si non ad finiendam, sed aut ad differendum aut ad concordandum sive pacta aliqua ineunda hoc facit, quoniam hæc omnia constat esse iniqua. Et similiter non excusatur si iniquam causam in principali habens, vexat adversarium assumendo aliquod caput justum ut sub hac justitiâ contradicendo, principale justum impediat, aut differat, aut etiam pervertat; oportet enim non solum medium, sed & finem esse non iniquum. Sed heu apud mundanos bonos Advocatus est qui de malâ causâ facit bonam. 2. est, Nolle aut negligere scrutari merita causæ assumendæ, sed qualiscunque sit assumere illam tuendam; quia hoc est non curare an id quod facit sit justum vel injustum: quod est manifestè contra charitatem 3. prosequi causam injustam, quam à principio putavit justam: quia hujusmodi prosecutio iniqua est, utpote injuriam inferens adversario; debet enim deserere causam & movere partem ut cedat seu provideat. 4. Negligere, studere vel scrutari merita causæ, & adhibere debita remedia. Ignorantia enim tunc tantum ipsum excusat, quando & quod debuit non omisit 5. tacere iniquitatem propositæ causæ suo Clientulo, qui putat se rectam fovere. Semper autem credendum est, putare clientulum, se fovere justam causam, nisi constet oppositum; quia quilibet præsumitur bonus &c. Hujusmodi enim taciturnitas dolosa est & injuriosa clientulo & adversario. 6. docere clientem proponere aut dicere falsum, aut dolosè & hujusmodi. 7. exigere à Clientulo plus quàm debet. Et in his omnibus casibus intervenit peccatum mortale manifestè, quia contra justitiam charitatemque fit, nisi imperfectio actus seu nocumenti excuset à mortali, sicut in mortalibus cæteris imperfectionem excusare à mortali non dubitatur 8. est, nolle, aut negligere advocare in causa justâ pauperis: cum ipse advocatus possit, nec appareat alius qui advocet, & sine cujus adjutorio pauper opprimi creditur. In hujusmodi enim casu tenetur sive ipse advocare sive procurare, sicut medicus medicari, si in simili periculo esset pauperis sanitas. Hæc Cajetanus. Jung. Ames. *d. c.* 54. *n.* 37. & *seq.* Filliuc. *q. mor. tr.* 40. *c.* 10. Besold. *in thesaur. pract. verb. advocatur n.* 21. & de munere Advocati in sese laudabili atque vitæ humanæ valde necessario *l.* 14. *C. de adv. div. judic. tot. l.* 4. *C. de advoc. diff. indic.* Joan. Bapt. Magon. *cynosur. Advoc. c.* 6. *n.* 18. & *seqq.* P. Bapt. Fragoso *de regim. Reip. Christiana p.* 1. *l.* 5. *disp.* 13. *n.* 234. & *seqq.* qui Advocationis officium laudat quadruplici ratione; quia sit Licitum, *l.* 1. *h. c. non licet.* 11. *q.* 3. & *c. f.* 14. *q.* 5. Necessarium, ob veritatem cognoscendam & aperiendam, *l. laudabile. C. de advoc. div. offic.* Utile Reip. ob insignem operam quam præstant Advocati, in defensione bonorum corporis, fortunæ, animi conspicuum, & ob hoc muneribus militaribus non cedentem, *l.* 4. *C. de adv. div. jud.* Meritorium, (*ut censet*) *l. f. C. de his qui aut apert. tab.* Jung. novissimè Dn. Mev. quod advocati munus sit permittendum non nisi iis qui probatæ in jure eruditionis, & quomodo hæc probanda sit; *p.* 1. *dec.* 189. De salario ejus quis judex *p.* 1. *dec.* 234. quod ab officii necessitate, allegatione dubiæ vel malæ causæ non excusetur, *p.* 3. *dec.* 200. quod advocati defectus sit justa causa prorogandi fatalia, *p.* 2. *dec.* 108. quod advocationis opera contra superiores præstita, nisi aliàs improba, impunis esse debeat, *p.* 1. *dec.* 155. quodque contra advocati negligentiam pars gaudeat restitutione in integrum *p.* 3. *dec.* 29. & secus sit in procuratore *ibid. n.* 2. & *seqq.*

Officium ejus in judic. pet. & poss.

Illud mantissæ vicem hîc subeat, *si quis in possessorio bonam foveat causam, malam vero in petitorio, an advocatus ei adesse in illa possit, dum in hac non agitur?* Pro negante sententia est, quod ex Cajet. supra diximus, non assumendum caput justum causæ injustæ; ubi autem pergetur ad petitorium, res erit restituenda. Pro aff. tamen urget, quod judex illo casu reum in possessione rectè tueatur. Leges enim in Reip. utilitatem ob vitanda graviora mala ita constituerunt, saltim externâ ratione. Ergo nec malè ita consulit Advocatus. Neque subest hîc causa una, cujus caput alterum justum sit, alterum injustum: sed causæ duæ diversæ, altera de possessione altera de proprietate, *l.* 35. *de acqu. poss. l.* 3. *C de interd.* ex quibus illa justa esse potest legibus positivis, hæc injusta. Ubi itaque illi assistit Advocatus, non cooperatur suo clienti positivè, docendo modum quo possit adversarium injustè vexare, ut post Molinam sentit, subdubius tamen Joann. de Lugo, *disp.* 41. *sect.* 1. *n.* 10. Neque enim illud injustum dici potest, licet fortè sit permissivum & toleretur, ne spolietur interim justus possessor, donec legitimè constet de defectu proprietatis. Itaque cooperantur & judex & advocatus saltim permissivè, ille judicando, hic consulendo. Est enim hic ordo judiciorum ut prius judicetur de possessorio, & illud id finiatur, quàm eatur ad petitorium, *l.* 13. *C. de rei vind. d. l.* 3. *C. de interd. l.* 35. *de acq poss. l.* 37. *de judic. c.* 2. *de caus. poss.* & *propriet.* sec. princ. justi ordinaria. Atque ita probabiliter statuere viros doctos, non diffitetur Ipse de Lugo, inter hos referens Palladorium *d. n.* 10. *v. aliis.* Accedit, quod Filliuc. *tr.* 31. *c.* 3. *n.* 83. fatetur, ex possessione injusta oriri jus in foro externo, quatenus tribuit facultatem tenendi rem jurisque effectus producit; potior enim est qui sic tenet (& cùm quo res q. unita moraliter) eo qui non detinet. Neque obest illud Senecæ *ep.* 73. *Stulta*, dicentis, *avaritia mortalium possessionem proprietatemque discernit*, si mentem ejus ex integro illo loco diligenter attendas. Cæterum sæpius occurrit patronis causarum dubium, num liceat causæ adsistere saltim ad concordandum, ut ajunt, h. e. transactionem ab adversario eliciendam? Distinguendum est, an causa dubia sit, an verò injusta: illo casu licet inducere ad transigendum, saltim ob dubium eventum litis: hoc casu non item. Vid. Johan. Bapt. Caccialup. *de offic. advoc. q.* 4. *n.* 5. Tantò justius etiam est in causis criminalibus, non adeo claris & liquidis, pro reo patrocinari, quantò laudabilius & humanius est innocentem indefensum non relinquere, Gutierez. *l.* 2. *q pr. crv.* 27 *n. f.* Jacob. Bouric. *in advocato. c.* 40. & *in defensore. per t.*

* * *

TITULUS II. C. 2. 12.

De His qui notantur infamia.

1. Quid sit existimatio, fama, infamia.

SEd quia diximus, postulare eos non posse qui infames sunt: commodum est, De his qui notantur infamia, aliquid sigillatim exponere.

Existimatio (ut ait Callistratus, *l penult §. 1. de var. & extr. cog.*) est dignitatis illæsæ status, legibus & moribus comprobatus, qui authoritate legum ex delicto aliquo aut consumitur, aut minuitur. Consumitur per maximam capitis diminutionem, cum amissa libertate totus status perit: minuitur vero, quoties durante statu, aliqua labes & macula juris, existimationi inuritur. Ex nostris, *Bal. & Dd in d. l. C. eo.* Fama quoque appellatur, seu Opinio, quæ de cujusque moribus habetur. Porro fama dupliciter accipitur, teste Baldo, *in d l 1. & in l. 1. num. 5 C. de summ Trin & in c 1. n. 2 ut testes removeri & c. in usib. feud.* primum prout est hominis in seipso, secundo, prout est de homine apud alios, & ut in vulgus spargitur. Sed in hoc tit. utrumque significatu complectimur, & agimus de fama læsa utique, tam prout est in unoquoque quam prout secundum jus de unoquoque apud alios esse debet. A fama autem compositum est contrariæ significationis Infamia: quo vocabulo Jurisconsulti pro Ignominia utuntur, *l. 1. in princ. h. t. l. pen. 1. pen. de var. & extraor. cognitio.* Particula enim In, in compositione solet esse Privativa seu Adversativa: ut in dictionibus Indoctus, Infirmus, Infectum, & simil. *Dd in l fin. 1 ubi tasso ubi Bar in ... hæf. n. 11, cum seqq de lib. & posthu.* Eoque vocabulo etiam Cic. compluries est usus: ut lib. 1. De finibus: An est aliquid per seipsum flagitiosum, etiamsi nulla comitetur infamia? Infamia itaque bonæ famæ opponitur: nec aliud significat, quam labem, immutationem, notam, & detrimentum famæ. *gl. in d. l. 1. Cod. eod.* Hanc ita definit Bartolus, *in l. ... num 1 hoc per d. t. l. penult. 1 pen de var. & extraor. cognit.* Ut sit læsæ dignitatis status, legibus & moribus improbatus. Brevius Accurs. Ut sit famæ imminutio, nota, sive privatio. *in l 1. Cod. eodem.*

2. Quotuplex sit. de infamia juris & facti, ejusque gradibus.

Infamiam porro Doctores duplicem faciunt. *gl. & Bart & Dd in l 1. hoc tit & in Rubr. C. eod. gl. Land. lib 1. ar. 52.* Aliam enim ponunt infamiam Juris, de qua proprie hic agitur; quam videlicet lex ob turpe aliquod commissum, nocenti irrogat: aliam autem Infamiam Facti, quæ non ipso jure, & ex legibus diminutionem existimationis affert, sed famam solum cujusquam apud bonos & honestos viros gravat, *l. ob hæc verba. 20. h. tit. l. ea qua. 21 l. verbum 17 l. interlocutio. 19. Cod. eod. l. 1. de obseq. à liber. & liber. præstan.* Porrò infamiam facti, rursum triplicem constituit Baldus: aliam quæ ortum à vulgo habet, & incerto autore: aliam quæ à judice aut patre, aut viro quopiam honesto, per interpretationem aliquam ignominiosam infertur: *d. l. interlocutio. 19 l. verbum 17 C. eodem.* cujusmodi videtur & olim nota fuisse Censoria, quæ non rei judicatæ, sed vix judicii tantum vim obtinebat. *Bon. de consil. lib. 1 art. 1 num. 5 ex Cicer. in Pison.* tertiam, quæ oritur à se læ diversitate, puta propter hæresin. *Bald. in l. 1 n. 5 per illum text C. d. summa Trin. & in d. c. 1. ut testes removeri. in usib. feud.* quanquam hæc juris potius ignominiam videtur afferre: Sed & gradus hujus infamiæ diversos idem Bald. constituit, Ult. n. & recte vult, aliam Facti infamiam, alia esse: Graviorem aut Leviorem, prout est gravis aut levis causa, ex qua ortum habet, *Bald. in d. c.* Quin & in Juris infamia gradus esse: & aliam pro diversitate causæ censeri graviorem, ex superiore edicto, quod famosos partim in tertio ordine locat, atque aliis compluribus locis, *l. ob carmen. 21. de testib. l. in eod. 18 § 1 de testamen.* intelligi potest.

3. De causa efficiente: & à quib. infamia irrogari possit vel non.

Quod ad causam efficientem attinet, sciendum est, infamiam irrogari, aut Edicto, *l 1. & 2 h t.* Lege, Senatusconsulto, Plebiscito *l 1. §. ait prætor. 4 h. t. l. si quis major. 41 Cod. de transact.* decreto Principis *l 2. hoc tit. d. l. si quis major.* aut per Sententiam judicis: *l. furti. 6 l. quid ergo 13 §. 1.* non etiam per Sententiam Arbitri: *l. quid ergo. 13 § ex compromisso h. t.* nam famæ causa, capitali æquiparatur, *l. justa de manu. vind. Jas. l. in adulteriis, 6 nu 24. de in lit. jurand. l. si in duab. ... num 105. ubi Dd & Cag. de reg. jur.* Ut igitur de vita & capite privatum statui nequit: *l. liber homo 13 ad l. Aquil. cum simil. Dd. contra gl. in l. existimatio 5. de fur. in l pen. Cod. cond. ob turp. caus. Hypp. in l. 1. num 2. & 5 de fical. & in prac. crimin. § expedita. num 15 & singul. 64. nemo debet Dd. in l. si C. de transact.* ita nec compromisso (quod est privata quædam conventio) existimatio cujusquam leminuti potest, *l non distinguemus. 37. §. sed Julianus, ubi Bal. de recept. arbitr.*

4. De causa προκαταρκτικῇ: & utrum quæ ex fo-

Causa προκαταρκτική, propter quam infamia imponitur, est Dolus, vel simile crimen quod in dolum incidit: ut perfidia, stellionatus, impostura, perjurium, &c. *l. furti §. fi. l. quid ergo 13. § fin. h. t.* Dolum autem appellamus maliciolam scientiam, qua vel simulatur falsum, vel dissimulatur verum, alicujus fraudandi causa, *l. generaliter 8. h. t. vide l. 1. de dol. mal. & hæf. eod.* Ubi igitur dolus ejusmodi abest, non erit locus infamiæ: unde delictum ex lata culpa commissum, non lædit existimationem: *§ fin. inst. de suspect. tutorib. gl. in l. fin. C. eodem* & nec illud, quod ex supina ignorantia admissum est, *d. l. generaliter §. h. tit.* aut crasso aliquo errore, *d. l. furti. 6 § fi h. t.* Quælibet enim, etiam injusta causa excusat à dolo, *gloss. contra fi in l. ... ubi Dd. si quis jus dicenti per l. utique ab liber. d. causa. cum similibus.* & pœna doli, & consequenter etiam, ab infamia juxta regulam, Remota causa, removetur effectus, *c. cum cessante. de appell. vide late Tiraquell. in tract. regul. cessante causa. &c.* Distinguunt tamen quidam aliter: scilicet ut in iis, quæ lex ipso Jure notat, etiam latam culpam sequatur infamia; in aliis nequaquam, *Ins. in l. in actionibus an. 24. de in lit. jurand. dicens hanc esse communem gl. Ang. & Paul. in § fuspectus. Inst. de suspect. tut. per l. 1. § ... h. t.* Quod mihi absque vera ratione dict. videtur, nisi scilicet lex aut statutum disertis verbis culpam quoque notet. Porro quod ob dolum indistincte damnato maculam inuri diximus, id ita verum est, quando quis ob propriam fraudem damnatur non etiam cum ob alienam: puta si tutorio aut procuratorio nomine conventus, de alieno dolo condemnatur, *l. furti. 6 §. 1 & seqq. hoc tit.* Nam delicta suos tenere debent autores: *l. sancimus. Cod. de pœnis l. 1. & 26. de pœn.* quanquam hoc casu neque reum principalem, nec procuratorem notari volunt: non procuratorem, quia alieno nomine damnatus est: non reum principalem, quia per sententiam damnatus non ipse, sed procurator est. *vide infr. circa finem. Dd. in d. l. furti. 6 § 2.* Causa instrumentalis, qua judex infamiam irrogare solet, varia est. Nec enim modo Disertis verbis infamiam irrogat, sed quandoque etiam Facto: puta motione ab ordine, fustigatione, turpi aliqua præclusione (ut cum stelliones in publico deridendi, infamiæ causa vulgo proponuntur) & modis similibus quæ tamen genera pœnarum non infamant per sese, sed ex causa, propter quam adhibere judex acendum putavit. *l. ictus. 22. h. t. l. ad tempus. 6. C. eod. l. capitalium. 28. §. 1. ubi gl. ad verb. ad tempus ff. de pœnis.*

lo dolo infamatur, an etiam ex culpa.

5. Qui nam edicto lege, & c. & ex qua caus. notentur.

His ita expeditis, tempus est recensere eos, qui aut Edicto, aut Lege, aut Sententia judicis notantur. Edicto autem notatur miles, ab exercitu ignominiæ causa missus, *l 1. & 2. h. t.* Recte autem additur, Ignominiæ causa. Nam est missio quædam Honesta, sive Plena, quæ veteranis conceditur, *l. fin. C. de his qui n. non impl. stipend. l. 10 h. t. l. ... ubi C. de fid. inst.* quædam item Causaria. *l 2. & l 3 C. de his qui non impl. stipend. lib. 10.* quæ fit ob causam justam, puta valetudinem, &c. *d. l. 2. § Ignominiæ h. t. l. semel. 9 C. de re militari l. 12.* Secundo loco notat prætor eos, qui in scenam aut arenam prodeunt, quæstus faciendi causa: quod vitæ ludicræ genus & artificium Græcis & Romanis semper pro turpi est habitum. *l. 2. d. 4. & l. 1 in Auth. ut fæmina mulieres.* Tertio, qui lenocinium faciunt. *d. l. 1. & 4.* quid autem sit lenocinium facere, alibi exponitur *in l palam. 43. de rit. nupt. vid. Ang. in tract. malef. verb. che hai ad ... literato* Idemque ex lege sive S. C. hodie dicendum est, in omnibus qui corpore suo quæstum faciunt, aut turpem notorie publiceque degunt vitam. *a. g. l pen. à commer. finsit. h. t. l. quæ adulterium 29. ... milit. C. ad l. Jul. de adul. ubi Bar l 3. § lege de t. ft. 4. de testi. Can. ... testib. Bald. in Auth. si testib. C. de testib. & in c. 1 an rem. ... test. in usib. feud.* Distinguunt tamen quidam hac in parte inter mares & fœminas: ut fœminæ quidem ipso Jure turpes sint, prostrata pudicitia: *per l palam 43 fin. cum & seqq. de rit. nupt.* mares non item, nisi sint damnati per sententiam de adulterio, stupro, aut similibus probris. *gl. sing. in l ... crimine. 12. C. de ad. l. Jul. & late Romanus in sing. 8 § cum ibi alleg.* Quarto, calumniæ aut prævaricationis nomine in publico judicio commissæ damnatus, edicto notatur: *l 1. l 4 §. calumn. h. t.* idque [illegible] talionis lege. nam omnia judicia publica infamant *l. infamem 7 de publ. jud.* par est igitur est, ut qui alteri publico judicio infamiam inferre per calumniam voluit, eandem ipse maculam sustineat. *l fin. C. de calum.* Quinto notantur furti, *vide omnino l probrum. 24 de verb. sign.* injuriarum, vi bonorum raptorum, de dolo malo damnati: *d. l 4. 5 § fi. d. l. furti. 6 h. t.* Nam in omnibus his judiciis, de dolo quæritur! Doli autem actio rei condemnatio infamat. *d. l. 1 in fine ... ll. seqq. infra de dol. malo.* Furti autem damnatus notatur, si ex actione Furti damnetur, non etiam si ex Condictione furtiva. Nam in hac non de dolo quæritur, sed de restitutione rei, *vide infra de c. ob. furt. l. cessat 36 de actio.* Ideo condictiones non infamant ipso Jure, sed tantum de Facto. *d. l. cessat 36 d. ... l. 1 § ... ad ... patronum ff. unde vi. l. si furti 8. in fin. C. eod.* Eadem in causa est damnatus injuriarum: *l decuriones. 5. C. eod. l. si non convici C. de injur.* idque ex simili talionis lege Nam injuria. est ignominia, animo contumeliæ alicui apposita, *l. 1 § injuriam de injuriis.* Æ-

quum

quum igitur est, ut qui alteri ignominiam intulit, eandem ipse incurrat. De Vi quoq; bonorum raptorum damnatus, meritò infamis est: quia in illo judicio de dolo quæritur, & est actio similis furti, *in princ. Inst. de vi bonor rapt.* Secus tamen est in actione Quod metus causa, quæ non infamat: *glo. & Dd. in l. si cum exceptio. 14. §. eum qui 13. ad verb. etiam, quod metus causa, &c.* ubi vide. cum sit Rei persecutoria sua natura; quamvis in quadruplū ex contumacia rei extiore possit. Doli quoque judicium famosum esse, dubium non est, *vide infra ad tit. de dolo malo.* id quod paulo post plenius edocebitur. Rectè autem additum in edicto, Damnatum, infamem esse. Nam pendente judicio, aut suspenso per appellationē, *l. qui a. 14. §. si de bon liber.* infamia necdum locū habet: quia de delicto adhuc certo non constat. *d. l. furti 6. §. 6.* Rectè autem additur, Suo nomine. Nam si quis Alieno nomine damnatus fuerit: ut tutor, curator, hæres, &c. huic tanquā obesse (prout ante dictum fuit) alicui doli dedecus inuri. *d. l. furti. 6. §. 2. l. quod ergo 9. hoc tit. ex ratione l. sancimus 22. C. de pæn cum simil.* Notatur etiam edicto, qui in delictorum privatorum actionibus, puta Furti, Vi bonorum raptorum, Injuriarum, de dolo malo, suo nomine, non procuratorio pactus est: *d. l. 1 in verb. pactus. l. 4. 5. h. t.* Quia fateri crimen videtur, qui paciscitur. *l. quoniam. § h t l. si. de prævaric l. 4. de jure fisci.* Confessus autem pro judicato est. *l. 1. de confess.* Pactum porrò accipimus, si pretio pactus sit: non etiam si precibus aut interventu amicorum suis impetraverit, ut actione desistatur. *L. non damnatos, 18. C. eod.* Cæteroqui nullus erit veniæ precibusque locus, si hos infamia notari dicamus. *d. l. furti §. pactus 2. l. 1. § 1. de calumniat.* Etenim qui dato pretio paciscitur, aliquid facit, & quodammodo emit redemptionem judicii: idque cum suo incommodo, quia dat pretium. Cum autem nemo præsumatur jactare suum, *l. cum de indebito, 25 § quæ enim certa fin. de probat.* non præsumitur sine causa, sed ex conscientia delicti pretium dedisse. Ad hæc ratio cessat, ubi pretium non intervenit: quia reus neque dat quidpiam, neque facit, unde præsumptio confessionis eliciatur, sed tantum acceptat remissionem litis. Acceptatio autem nulli fraudi esse debet. quia beneficiis adjuvari nos, non etiam decipi oportet. *l. si ut certo. 5 § si. commodat.* Et, ut est apud Plautum in Pseudolo: Nullum est periculum stipulari sibi, & oblatum ab altero accipere. Qui jussu Prætoris paciscitur (sicuti quandoq; ob quietem publicam, aut ad evitandum majus malum, transigere litigatores coguntur, *Bart. in d. l. furti §. pactus qui. vers. qui jussu, n. 2. & 3 h t.* extra probrum est, *d. vers. qui jussu.* Nam jussum judicis, quod semper justum esse præsumitur, *Dyn. in c. quod quis. 2 sus 7. de reg. jur. per l. servos. cum prætor. ad Trebell. l. si Ne quid in loc. public.* reum in pœnis excusat. *c. qui d quis. 23. de reg. jur. l. non videtur. 167. § qui jussu de reg. jur.* nec confiteri videtur, qui parere habet necesse: & proinde nec in dolo esse, neque in opprobrio hæreremettro judicatur. *d § qui jussu.* Sed & hæres paciscens extra notam est: cum qui alieno nomine: seu super alieno crimine paciscitur, tum quoniam lis cum eo non fuit contestata, *l. servus. 14. h. t.* Requirit igitur litis contestationem I. C. ad hoc, ut quis ex pacto notetur. idque notandum est, & ad conciliationem multarum legum valet. Nam ante litem contestatam, de furto & simil. lib. posse transigi, multa jura ostendunt, *l. post decisionem 13. C. de furt. l. interdum, 56. al. 58. §. pen. de furt. l. si tibi 1 3. 2. de pact.* Nec ratio alter dici potest; quia litem ante contestatam res non pertinet ad officium judicis, *l. ædiles. 25. § item. de ædil. edict.* sed est planè extrajudicialis. Quare si hoc nomine transigatur, non debet reus haberi pro confesso: quia ne vera quidem confessio extrajudicialis, nedum præsumpta, ad probationem aut damnationem sufficit. *l. ολε. 26. § pen. de novat. act. gl. pen. in l. 4. de interrog. act. Ias & Dd. in l. admonendi de jur. & in l. certum §. antepen. de confes.* Et malè profectò ex hoc titulo *l. 1. & l. 4. § fin cum ll. seqq. h. t.* aliud colligitur. Nec enim dicit I. C. Super crimine Furti aut Injuriarum transigi non posse: nam id alibi, & quidem ex lege XII. Tab. permittitur, *l. si unus. 28. §. si de pactis cum seq. l. si tibi. § quadam. de pact. ubi Dd.* sed ait: Super actione Doli aut simil. Depectum infamia notari. Atqui actio non est, nec intelligitur instituta, ante litem contestatam. *l. amplius. 13. rem rat. haberi.* Non etiam procedit quod dictum est, Depectum notari. si exprimatur in pactione causa aliqua, quæ præsumptionem confessionis excludat: ut quotidie fit, cum in transigendo declarat reus, Se non conscientia alicujus delicti, sed ad Redimendam (sic vulgò loquuntur) Vexam transigere & pacisci. *Bald. in l. non damnatos 18. C. ex quib. causis infam. per l. si reus 23. C. de adul. Ias. post alios, in l. transigere. C. de transact.* Ex quo & illud in foro receptum, ut reus pœnam aut jure debitam, aut actione expressam, ante sententiam offerens, infamiam effugiat: siquidem protestetur offerre se non conscientia cujusquam criminis, sed ad molestias litis evitandas: ut verbi gratia, cum in actione injuriarum, 30. solidos Iure Saxonico debitos reus offert: liberatur enim ab infamia, quamvis sumptus litis actori refundere cogatur. *Panor. in c. cum contra circa fin. de sent. & re jud. Bart. in l. infamem in fin. de publ. jud. Clar. in pract. q. 58. circa fin. 2.* illud autem supervacuum est admonere, cum qui ab his actionibus absolvitur, sive sententia, sive jurejurando, non notari. *l. non damnatos. 18. C. eod.* His porro judiciis pœnalibus consimilia quædam sunt, ex contractu quidem orta, sed quæ tamen labem damnato inferunt; propterea quod in his de fide rupta agatur: ut sunt Actio mandati, Pro Socio, Tutelæ, *vide l. prob. 42. de verb sig. art. 42. Land. lib. 1.* & Depositi, *d. l. furti. 6. § fin. l. fin. C. eod. 9. pen. Instit. de pœna temere litigantium.* Quod de Directis actionibus accipiendum est, non de Contrariis. nam in his non de fide rupta, sed de Impensis agitur. *d. l. furti. 6. § fin.* Cæterum si & in his de perfidia quæratur, damnatum sequetur infamia, *d. l. furti. 6. § mandati. 5. h. t.* eadem ratione: quia scilicet de fide rupta actum est. *d. l. furti. 6. § fi.* Est enim gravius crimen, fidem fallere, illi, qui fidem amici in contrahendo secutus est, quam in simplici hærere dolo: ut & Cicero in Oratione pro Roscio Amerino disputat. Non igitur quælibet actio, præsertim ex contractu orta, famosa est, quamvis in ea de dolo quæratur: sed tantum illæ minuunt opinionem, in quibus de fide alteri rupta agitur. Nam exempli gratia, actio, Quod metus causa, Legis Aquiliæ, *vide tamē de actionibus quæ ex infitiatione duplantur, an recipiant pactum, Paul. lib. 1. tit. 19. & de Cuiac.* Rerum amotarum, Condictio furtiva, & similes non infamant, quamvis in his saltem tacite & dissimulanter de dolo quæratur *gloss. in l. 1. ad verb. qui enim. hoc tit. cum ibi allegatis.* Sic in Empti, Locati, aliisque judiciis similibus, etsi de dolo sæpe tractetur, non tamen damnatum infamia consequitur. Quanquam autem sententia in his judiciis fidei ruptæ civilibus, de quibus dictum est, existimationem lædit, tamen non etiam transactio, sicuti in superioribus: *l. fin. C. eod.* Quoniam, ut inquit I. C. *in Lectionibus. 7. h. t.* ex his non tam est turpis pactio, quam ex superioribus. Verior porro ratio est quam ostendit Justinianus, *in § pen Inst. de pœn. temere litig.* quia in his transactio super contractu fit principaliter. Atqui de contractibus pacisci licet, & transigere impune: quamvis per consequentiam delictum remittatur. *l. si unus. 28 §. illud. de pact.* Sed de his satis, jam ad alias causas, unde labes sequitur, progrediamur. Mortuo marito, aut etiam, quantum arbitror, dissolutis per facinus, puta adulterium mariti, nuptiis. *L. consensu. 9. verb. nubendi post annum. C. de repud. l. 2. C. de secund. nupt.* vidua intra annum luctus nubens, siquidem sui juris sit, & is qui sciens cum ea contrahit, quamvis miles sit, dedecus incurrunt. *l. decreto, 15. C. eod.* Sin autem alieni juris mulier existat, notatur pater vel avus, cujus jussu matrimonium contractum est. Nam licet decreto ampliss. ordinis, hoc est, Senatus luctus diminutus est, & rubeos habitus cæteraque hoc genus insignia (etenim olim qui lugebat, abstinere a conviviis, ornamentis, puta auro, margaritis, monilibus, & alba veste purpurave, ac aliam vestem induere debebat, *Paulus Sentent. lib. 1. cap. 21. de sepul.*) mulieribus remittuntur: tamen intra tempus, quo elugere maritum mos est, matrimonium contrahere non permittitur: *l. decreto 15. C. eod.* & contra edictum ac S. C. contrahens, notatur ipso jure citra Sententiam, *l. 1. l. liberorum. 11. hoc titul. d. l. decreto. 15. C. eodem,* quasi flagitium turpe perpetrarit: quod propter turbationem sanguinis, inductum esse constat *d. l. liberorum. 11. hoc titul.* ne stirpes & familiæ confundantur, si statim a morte primi mariti ad secundas nuptias mulier properet: nato enim intra annum filio, incertum fieret, utrius esset mariti partus, an demortui, an vero secundo superinducti. Idque intelligi potest ex eo, quod neque maritis hoc tempus præstitutum est *l. uxores. 9. hoc tit. l. consensu. 9. in verb uxorumque si velit statim ducere C. de repud.* & mulier quam aut certo constat esse gravidam ex priore marito, aut quæ peperit intra annum, impune nubit: quodque quarta hac lege non teneantur nec sponsi, nec sponsæ *d. l. liberorum. cum multis seqq. l. uxores. l. hoc t.* Et hæc quidem Jure civili obtinent, nisi mulier potestatem nubendi a Principe *l. solet 10. h. t.* impetrarit, Jure vero Canonico, quod hodie sequimur hac in parte, mulier impune nubit. *Innocentius & Dd. in c. pen. & in fin. de secund. nupt.* quos sequitur *gl. in d. l. liberorum, ad verb. collocare.* ubi etiam *Bart. nu. 2. h. t. gl. Bald. & alios in l. 1. C. de secund. nupt.* intra annum luctus. Notatur etiam Edicto, qui binas nuptias eodem tempore habet constitutas. *l. 1. in fin. h. t.* quanquam & adulterii tenetur. *l. eum qui duas 18. C. de adul.* Eademque est sponsaliorum, quod ad hoc Edictum attinet, non etiam quo ad pœnam adulterii, *vid. gl. in d. l. eum qui duas eod. Imp. cap. 21. Ange. in tract. mal. tit. de his qui adult. num. 19. Alex. consil. 105 vol. 7. l. si uxor. 9. de adult.* cap. 1. ut scilicet bina sponsalia eodem tempore celebrans, plectatur. Nam sunt quædam velut matrimoniorum sponsalia. *l. si uxor. 13. § 1. de adul. l. si sponsus de jur. dot. l. ut sunt. Isidor. de fund. dot.* & fidem frangit priori, qui cum altera sponsalia contrahit Ubi autem de fide rupta agitur, ibi sequitur infamia, *l. furti 6. § fin h. t.* Quare eadem est causa maris & fœminæ: *l. quod ergo 13. § 3. in fin. h. t.* item patris, cujus jussu bina sponsalia contrahuntur, *d. l. quod ergo. 13. § 1.* Incurrit & in Edictum mulier, quæ ventris nomine per calumniam in possessionem bonorum defuncti mariti missa est *l. eam quæ 15. cum ll. seqq. h. t.* Et hi quidem Edicto, existimationis jacturam patiuntur.

notat. Lege porrò & S. C. notantur expilatores hereditatum, *l. si uxor 18. C. eod.* & sepulcrorũ violatores: *l. 1. de sepul. viol.* item exercentes improbũ fœnus, videlicet usuras centesimas, aut usuras usurarum: *l. improbũ 20. C. eod.* perjuri, *l. si quis major. 41. ubi Dd. C. de transact. quas de re plura. Bald. in l. 1. n. 5 C. de summ. Trini.* & in publico lenocinio, aut stupro turpem vitam viventes: *d. l. palam, 43. de rit. nupt.* aut mulier in adulterio deprehensa: *d. l. palam, §. fin.* quanquam & simpliciter amissã pudicitiã, fœminam amittere existimationem, ac dignitatem omnem, pura nobilitatem, quidem velint: quod dicere durum est *Bald. in l. cum in antiquioribus, quasi. C. de jur. de lib. per l. si qua illustris, C. ad S. C. Orfitian. Dyn. in c. infames de reg. jur. in 6. per l. Cassius de senat. l. semper, 2. C. de nupt.* licet & Sexto dicat, luxuriosa vita fœminam non quidem bona sua, sed honorem amittere, *lib. 1. art. 5.* item qui appellando convicium Judici facit. *l. fin. 42. de injur.* temere vè appellat: *l. eos qui, 6. §. in temere l. à procons. 19. C. de appell. §. si quor. app.* & Judex, qui pœnam aut graviorem, aut minorem ordinaria, citra causam imponit, *l. servos in fin. C. de ve pub. Tiraq. in tract. de pœna temp. n. 28.* aut munus ob judicandum accipit: *l. judices, C. de dig. lib. 12. Bald. in l. solem. §. cum vero de off. procons. & leg.* qui pupillam aut adultam, cujus curam gerit, uxorem sibi vel filio ducit: *l. amplissim. 4. l. liceat. 27. C. de curat. fur. tut.* qui incestas prohibitasque nuptias contrahit: *l. qui contra. C. de incest. nupt. Angel. in §. si adversus, Inst. de nupt.* qui ob turpitudinem transactionem venit: *l. si quis major. 41 C. de transact.* qui se in curationem uxoris, bonorumque ejus ingerit, neque excusatione utitur: *l. liceat 17. C. de curat. fur. tutor.* qui detrectatores publicorum munerum functionem subterfugientes occultant: *l. memorib. 31. C. de decur. li. 10.* item Notarius, qui prohibitam alienationẽ, contractumq; legibus vetitum conscripsisse. *1. 4. tullius de prohib. feud. alien. per Fred. in usib. feud.* quæ omnia *vide alios casus in l. unum C. de his qui poten. l. unic. C. de sententi. l. 1. C de stat. l. 1 in fin C. de sum. Trinit. l. si quemquam, 29. C. de episc. l. 8. C de bar. l. 2. C. de legib. 7 & 8. C. de off. rec. pro. &c.* penèque, hujus nunc non est infinitum. Ob id tamen solum, quod quis vinculis aut carceri positus est, infamiæ detrimentũ non patitur. *l. 1. C. eod. vide Alc. in l. omnib. 115 de verb. sign.* Idemque est, si quis aut tormentum, aut fustigationem sit perpessus: non enim cruciatus, sed causa facit infamem: *d. l. ictus, 22. hoc tit. ubi l. nullam, 14. C. eod.* Debitores quoq; qui bonis cedunt, aut qui creditores effugiunt, probrosi non sunt ipso jure, *l. debitores, 11. C. eod.* Nam bonis cedere, etiam bonis calamitate aliqua circumventi quandoq; coguntur. Quare hæc causa non simpliciter turpis est. *vid. tamen in d. l. debitores l. decurionum, C. eod. tit. Land. art. 22. l. 1.* Increpiti a patre, vel à Judice vel ab alio, qui jus admonendi habet, non notantur infamia, quamvis cõtumeliosis sint verbis onerati: quia ea res non damnationis, sed castigationis & admonitionis privatæ speciem habet. *l. eos qui 13. l. verberatum 17. l. intercl. etiam, 19 C. eod.* Testes quoque, quorum fides & testimonium in judicio reprobantur, infames non sunt: *l. Lucius 21. h. t.* quia sententia non in testes fertur, sed super causa principali. Neq; enim etiam continuò falsi reus est, cujus testimonium reprobatur: potest enim ob aliam causam rejici: puta quia non juratus dixit, quod non idoneam causam dicti reddidit, &c. *l. jurisjuran. 8. l. sola 3. ubi Dd. C. de testib.* Sic hæc quidem de his, qui notantur infamia aut Edicto, S. C. aut Lege: jam de forma & modo irrogandæ probandæque infamiæ nonnulla subjiciamus.

6. *Forma: & qui modis infamia irrogatur.*

Infamia porrò, ut ex superioribus intelligi potest, tribus modis irrogatur: *ut rectè tradit gloss. communiter approbata in l. fin. ad verb. convictus, C. eod. Lanfr. in c. quoniam, ad verb. testib. n. 47. & 77. de probat.* videlicet aut ipso jure: aut per sententiam, aut genere pœnæ. Ipso jure: ut cum lex commissum aliquod statim infamiã dignũ censet, sententiã non expectatã: *gl. in l. 1 ad verb. qui eam h. t.* ut usu venit in his, qui intra tempus luctus, aut aliqui bina sponsalia, binasve nuptias contrahunt. *glos d. l. 1. §. qui eam, h. t. per d. l. palam de rit. nupt. l. quid ergo, 13. verbo* [illegible] *Non tamen quodlibet crimen* [illegible] ne publica quidem crimina infamem jure ipso[illegible] *Bald. in l. si olearum. §. sed et, n. 1. de dol. mal.* faciunt reum, nisi sententia sit damnatus, *l. 1. in verb. publico judicio damnatus, l. infamem 7. de publ. jud. in verb. infamem sententia efficit.* Ipso igitur facto tunc infamia incurritur, aut cum ipso quod notorie commissum est, quod lex non alia pœna quam probro dignum judicat: ut sunt prostratæ pudicitia, exercitiũ improbi fœnoris, & bina uno tempore bina sponsalia, contrahere nuptias intra annum luctus, &c. aut quando statim lex turpi facto dedecus adhærescere sancit: ut in deprehensa in adulterio muliere, *d. l. palam, §. fin.* &c. In reliquis criminibus cõtra est: in quibus videlicet lex aut crimen non statim notat: aut aliam graviorẽ pœnam imponit delicto, quam damnum existimationis et ejus accessorium committit: ut in furto, injuria, & publicis judiciis ceterisque: in his enim, ut locus sit infamiæ, requiritur, sententia Judicis opus esse, *d. l. infamem, d. l. 1. § quæ sit jud. l. furti, 6. h. t. l. injuriarũ, 10. l. si furti, l. non damnat. 18 C. eod.* non interlocutoria, sed verè definitiva. *l. verbis, l. interlocutio, 28. C. eo. vid. Hipp. in Rub. de fals. n. 30. gloss. Sax. lib. 1. art. 41.* Tertius modus irrogandæ infamiæ, est genus pœnæ: quæ etiam absque sententia quandoq; imponitur contra ordinem, officio Judicis nobili aut decreto: quod genus nonnunquam infamat, præsertim cum ex turpi causa pœna imponitur: ut cum quis ignominiæ causa exauctoratus militia, *l. 1. §. ignominia, h. t.* movetur ordine, *l. 3. C. eod.* relegatur, *l. aspiratorem, 28. C. de pœnis,* in metallum damnatur, *l. ad tempus, 8. C. eod.* fustibus cæditur. *l. fustib. 10. C. eod.*

Forma probandi infamiam.

Infamia verò quemadmodum probetur, copiosè alibi à Dd. exponitur: *Specul. tit. de inquisit. §. visis. nu. 6. cum sequent.* [illegible] *Bart. in l. de minore. 10. §. 2. in materia, num. 19. cum additionib. de quæstio.* quorum dicta omnia persequi, hujus non est instituti. In eo tamen ferè consonant, infamiam dilucide & plene, velutu delictum capitale, *l. fin. C. de probat.* probandam esse: nec probationibus privilegiatis, puta jurejurando fatis edocere. *Iaz. in l. admonendi. de jurejurando.* Deinde testem non probare infamiam, nisi simul ostendat Factum & Causam, unde ea orta sit, *vide Bald. ind. C. Cassius. de Senatorib. & in l. 4. in fi. C. de testib.* & sufficientem dicti sui rationem reddat: *Bald. in l. quid ergo, §. quæsitum in verb. pœna. h. t.* nec satis esse, testem ab uno aut altero audivisse, aliquem probris onerantem: sed oportere ut dicat: se a pluribus, ac majore parte vicinorum, & non sub uno tempore neque loco, sed sæpius audivisse, ejusmodi hominem pro improbo & ignominioso reputari. Addunt tamen non esse necessium, ut testes in causis incertæ concordent, hoc est, ab aliis audiverint: dummodo concordent in principali, dicentque undique A pluribus inculpatum esse. Sed hæc omnia propius inspicienti, tantum infamiam facti, non etiam Juris convincere & probare, videri possunt. Nam communi probetur, plerique male de aliquo senserunt: non tamen inde Juris infamiam demonstratam esse, dicendum est: cum ea irrogetur non judicio privatorum hominum (ut supra dictum est) sed tantummodo ex jure publico: puta Lege, S. C. sententia, &c. Quare verius est, testes non aliter notam juris probare, quam si ejusmodi causam sciant quam afferant, qua ostendatur aut lege, aut genere pœnæ, aut sententia labem cuiquam irrogatam esse.

8. *Effectus: & an infamia sit perpetua?*

Quod ad effectum attinet, infamia facti duo potissimum efficit. *gl. & Bart. in l. 1 verb. notatur h. t. & Bar. in l. 3. C. eod.* nam & hoc modo infamis, a dignitatibus publicis excluditur. *d. l. 2. cum de mat C. de dignitat. lib. 12.* & hæres institutus, a fratribus prætoriis, per querelam inofficiosi, quasi turpi persona instituta, potest repelli. *l. fratres, 27 in verb. levis nota macula, C. de inoffic. testamen.* Addit Baldus in *l. 1. h. t.* tertium effectũ, videlicet, quòd hæc infamia repellit à testimonio: de quo tamen alii meritò dubitant. *Bart. in d. leg. gl. in l. Cassius de senato. & in l. 2. C. de sum. Trinit. ubi & ipse Bald. n. 5. disting.* Et certe hodie detrimentum infamia tacti, testes esse possunt: quamvis eorum testimonium non sit omni exceptione majus. *Duaren. disput. lib. 2. c. 32.* Cæterum, infames juris ipsi, communi usu intestabiles sunt, nec eorum testimonium fidem ullam facit, ut communiter tradunt *gloss. & Dd. in d. l. 2. C. de sum. Trinit. per l. ob carmen. de testib.* Quare receptum est denique, ut interrogatoriis examinatorem rogari, ut ex teste examinando sciscitetur, num aliqua juris infamia sit maculatus. Nam hæc enervat omnem fidem. *Bald. d. l. 2. n. 3. C. de sum. Trinit.* atque a sedibus omnibus dignitatem & honorem adimuntur, ita, ut cum integris personis, taliter infames alicujus muneris publici non possint esse participes: *l. 2. ubi gl. C. de dign. lib. 10. lib. 12. C. de infamib. lib. 10. l. neque.* [illegible] *C. de decurio. lib. 10. l. cum prætor. 12. § non autem de jud. l. 2. ad l. Jul. de vi privat.* puta in postulando, *gloss. in d. l. 1.* assidendo, *l. 2. de offic. assess.* judicando, *d. l. cum prætor.* militando, *l. 3. C. de re mil. lib. 12. l. 2. § ignominia, de his qui notantur infamia.* quamobrem & pro capitali periculo infamiæ causa reputatur. *l. justo, 9 de manu. vind. l. cognitionis 1 de var. & ext. cog. l. Iulian. 20. Si quis omissa caus. test. l. reprehendenda. 5 C. de inst. & substit.* [illegible] *de jurejur. improprie tamen, ut per Alciat. de præsumpt.* [illegible] *n. 14 per l. si adulter* [illegible] *ubi fin. verb cujus fama multò magis vita potior est. de adulter.* Munera tamen non publica, neq; judicialia, sed privata, & extrajudicialia notati sustinere possunt: ne videlicet pœna liberet eos ab oneribus, quæ etiam honesti subire coguntur. *l. 3. §. 2. de mune.* cujusmodi sunt tutelam gerere, *l. 1. §. ant prox. §. l. cum* [illegible] *Bart. sup. in l. 2. de postul.* arbitrum esse: *gl. in d. l. 2. C. de dign. lib. 12. per l. Pedi. 7 de excep.* arbiter aut procuratorem. *§. fin. Inst. de excep. gloss in l. 2. C. de dign. lib. 12.* Sed & a notariatu non excludi turpes, plerisque placuit, dummodò nomine maleficii non sint notati, *l. si quis aliquem, C. de suscep. & arc. lib. 10 Bart. in l. eadem, §. 1. ad l. Jul. repetunda. Ferra. in form. oppos. instrum. ad verb. non fuit Authent. num. 5.* Illud quoque ad effectum infamiæ pertinet, quod ea semel jure imposita perpetuò durat, *gloss. & Dd. in l. 3. & 4. C. eod. per l. palam, 42. de ritu nupt.* Nam (ut ait Plautus) hominum immortalis est infamia, etiam tum vivit, cùm eam esse credas mortuam. Et Ulpian. Non abolescit, inquit, ea macula, quæ post ea intermissa est. *l. palam, 42. in prin. de rit. nupt.* quod tamen aliqua distinctione opus habet. Nam ubi cum pœna perpetua est, aut macula sine præfinitione temporis est, tum dubium est, quin ea ad omnem vitam duret, nisi sit a Principe

sublata,

remissa, ut [illegible] in l. fin. C. de general. abolitione l. 3. & 4. & l. fin. C. de sentent. pass. & restitut. aut populo, qui non recognoscat superiorem: Bart. in l. 1. §. de quo re, nu. 1. & 3 de postulan. Verum cum quis tantum ad certum tempus punitur, puta relegatur, vel ordine movetur ad quinquennium, an post id tempus infamia duret, meritò addubites. Nam in hac parte leges contrariæ esse videntur: aliis statuentibus, labe non durare ultra tempus sententiæ expressum: d. l. 3. & 4. C. eod. l. imperator, 8. de postulan. l. ad tempus, 5. l. generaliter, 3. de decur. l. falsi, 13. §. 1. ad l. Cornel. de fals. aliis verò contra. l. ad tempus, 6. C. eod. l. ordine, 15. ad municip. Doctores in d. l. 5. & 6. C. eod. hæc variè conciliant. Ipse arbitror distinguendum, utrum imponatur infamia ex causa, seu crimine, quod ipso jure famosum est, an verò ex causa arbitraria. Ubi enim ipso jure turpitudinem habet annexam, ibi [illegible] dicendũ est, perpetuò dedecus adhærere, etiamsi pœna tantum tẽporalis sit imposita. Nam legis effectus perpetuus est, quæ tantum considerat delictũ, de quo ubi per sententiam constat, sequitur ex legis ordinatione infamia: quæ non revocatur amplius, ut nec ipsum delictum cui accedit: cùm factum non possit reddi infectum, l. in bello, §. facto. de cap. & postlim. reversis. Nec in considerationem venire hoc casu oportere, utrum Judex temporalẽ pœnã adjecerit, an non, vel illud argumento est: quia si ejus ratio haberetur ratio, jam nunquam judicium furti aut injuriarũ esset famosum, neque ex hoc perpetua sequeretur infamia, quod cõtra est. In his enim judiciis pecuniariter solet damnari reus, puta ad duplũ, quadruplũ, aut certam æstimationem: quæ solvenda est intra 4. mensium spaciũ, l. fin. C. de usur. rei judicat. aut ubi gravis pœna est, solet relegatio tẽporalis, præsertim in actione injuriarum, arbitraria decerni. Hoc igitur tempore elapso, & solutione factã, extinguitur rei judicatæ obligatio ac condemnatio, l. [illegible], 7. de jure jurand. Et tamen in his durare infamiam, manifestũ est: l. damnatione, 4. l. injuriarũ, 10. C. eod. Ex quo liquidò sequitur, ubi lex alicui delicto maculã annectit, ibi pœnam a Judice etiam cum temporis determinatione expressam nihil immutare, quò minus infamia sit perpetua. Nam juris auctoritas, ut inquit J.C. non est in potestate judicantiũ, sicut facti potestas. l. ordine 15. ad municipal. Et alibi ait, non posse Judicem efficere, quin fieri damnatum sequatur infamia. l. non potest, 2. 63. de furt. Atqui hoc efficere posset, si pœna temporali adjecta, post lapsum tempus illa non remaneret. Ex his in terminis puto accipiendas eas leges: d. l. ad tempus, 6. C. eod. l. fi. C. de abolit. l. palam, 43. de ritu nupt. quæ perpetuam esse infamiam determinant. At ubi delictum est punitionis arbitrariæ, cui non lex pœnam turpitudinis præstituit, sed Judex: tunc arbitror, notam una cum animadversione durare & extingui: ut si correctio sit temporalis, puta quinquennale exilium, infamia quoque eodem tempore duret, ac post cum pœna extinguatur, ne accessorium diutius duret, quàm principale. l. 3. & 4. C. eod. Idemque statuendum videtur, quando certam legis vindictam Judex ex probabili causa, & in casu quo potest, facit arbitrariam. Nam etsi hoc regulariter non conceditur, d. l. ordine, 15. ad municip. l. non potest, 63. de furtis. tamen ex causis, in causa, de quo lex principaliter non loquitur, permissum est: vide inf. de pœn. Tiraq. latissimè in tract. de pœn. Quæ in specie si dignus plectar, cẽsetur dispensasse cum infamia: quæ aut nulla erit, aut saltem temporalis, si pœna temporalis fuerit adjecta: d. l. generaliter de decurio. l. furti, 6. §. pœna hac, si levius, ut ostendit in l. 3. C. eod. l. falsi, 13. §. 1. de fals. l. imperator. 8. supr. de postul. l. 3. de decur. cum pœnæ tempore dedecus terminabitur: utrobique enim est pœna arbitraria. Cujac. lib. obser. 7. c. 19. doctiss. & de studiis nostris optime meritus Jurisc. hæc ita conciliat, ut putet ex veteri jure & legibus notam durare perpetuo: Constitutionibus verò Principũ post expletionẽ coercitionis tempore [illegible].

9. *Contraria: & quot modis evitari infamia possit.*

Contrariæ porrò infamiæ sunt eæ, quæ vocantur Cautelæ, quibus infamia vitari potest: quarũ hæ sunt præcipuæ. Primò, si reus per Procuratorem in judicio famoso se defendat. Harmenop. lib. 1. tit. 3. de objurat. Bald. in l. nihil, 20. nu. 6. C. de procur. id quod hoc in judiciis civilibus, puta Mandati, Depositi, Tutelæ, Doli, Metus, &c. & in quibusdam criminalibus privatis ut in actione injuriarum, moribus nostris: quanquam alias in criminalibus procurator non admittatur l. fin. cum ibi nota C. de accusat. l. ult. C. de procur. Harmenop. lib. 1. tit. 1. c. de criminibus & ibi gloss. in per procur. [illegible] appellat. Hoc igitur casu, quo procurator locum habet, Dd. volunt, nec reum principalẽ, neque procuratorem fieri probrosum. Quæ opinio ut communis, usu est recepta, ut testatur Socin. reg. 179. fallen. 1. & Capoll. in tract. cautel. cautel. 12. Panor. in c. cum te de sentent. & re jud. tam in l. furti 6. §. 1. h. t. Secundus modus est: Si pœnam pecuniariam, quæ per sententiam imponi potest, reus ante offerat, quam sententia cõdemnatoria feratur. l. si reus paratus, 73. de procurat. ut, verbi gratia, si conventus actione furti, offerat duplum aut quadruplum, in quod per sententiam jure civili erit damnandus: aut conventus actione injuriarum, ante sententiam paratus sit præstare æstimationem injuriæ, ab actore petitam, aut pœnam statuto vel consuetudine injuriis præstitutam, quæ moribus Saxonũ est 40. solidorum. Vide infra de injur. Ejusmodi igitur pœnam [illegible] offerens, aut nolente adversario accipere, apud Acta deponens, jux l. acceptam, 19. C. de usur. l. obsignatione 9. C. de solutio. maculam evitat. Nam hæc, ut ante dixi, per sententiam irrogatur: sed sententia ferri non potest, ubi reus paratus est solvere. d. l. si reus paratus, 73. de procur. §. fi. Inst. de perp. & tempor. act. Ergo nec infamia hoc casu locum habere potest. Verum illud hic quæstionis est: Quando oblatio facienda sit; utrum ante litem contestatam, an verò etiam pòst offerre liceat, usque ad sententiam? Bart. in l. athlet. 22. h. tit. ait, offerri oportere ante litem contestatam. Nam (inquit) si pòst offerret reus, videretur solvendo confiteri crimen. l. quoniam 5. h. t. Cum autem pariat [illegible], aut confessum esse de crimine, aut damnatum: l. post rem jud. de re jud. l. 1. de confess. perinde confessum sequeretur labes, atque damnatum. Panormitanus in c. cum te, extr. de sent. & re jud. autem arbitratur, posse offerri quovis tempore, dummodò ante sententiam. Sufficit enim, de crimine reum non esse damnatum: nec ex solutione vera confessio fieri potest, sed tantum qualis qualis suspicio vel præsumptio: quæ ratio parum firma est. Nam hanc præsumptam confessionem, quæ ex pactione aut solutione sumitur, lex ad hoc sufficere statuit, ut inter ignominiosos habeatur, qui hoc modo confessus est. l. 5. h. t. Quare Socin. in reg. 179. fall. 2. aliam distinctionem facit: ut siquidem causa talis sit, quæ ipso jure ante sententiam confessi existimationem minuat, tum necesse sit, ante litis contestationẽ offerri. Nam modò dictum est, qui paciscitur aut solvit ante litem contestatam, eum non haberi pro confesso, quia confessio extrajudicialis est. Quicquid enim fit ante litem contestatam, hoc videtur extra judiciũ fieri, l. ædiles, 1. nam [illegible], de ædilit. edict. Confessio autem extrajudicialis, plene non probat, ut tradunt Dd. in l. certum, 6. §. penult. de confessis, unde infert ille etc. Quare nec solutio, quæ fit ante litis contestationem ad deturpandũ nomen efficax esse potest, cùm pro confesso non habeatur, qui solvit. Post litem autem contestatam vult solutionem in hujusmodi casibus non excusare ab infamia, quia tum solvens pro judicialiter confesso habetur, d. l. quoniam, 5. h. t. l. ad solutionem, 5. C. de re jud. In quibus verò judicatus demum nota sequitur, ut fit in plerisque, ait licitam esse oblationẽ usque ad sententiam. Qua distinctio Socini, etsi vero maxime videtur consentanea, tamen hodie pleræque Curiæ sequuntur sententiam Panormitani, tanquam æquiorem: nec idem in solutione, quod in transactione, depectione ve statuendum judicant, eoq. arbitrantur, indistinctè offerentẽ, ante sententiam periculo notantis liberari. Quin amplius puto solutionem a condemnatione factam, interdum prodesse: ut quando sententia per [illegible] aut appellationem suspensa est, bonus text. in l. qui cum major. 24. §. accusasse, 3. de bon. libert. Bald. in l. 3. n. 4. C. eod. Nam ea pro sententia non habetur: juxta d. l. furti, in princ. h. t. idque moribus etiam nostris obtinet. Aliud etiam consilium dat alibi Angelus in d. l. non potest, 63. de furtis. ut quando dubitatur, utrum reus offerendo infamiam evitare possit, an non, curet offerri pœnam per tertiam personam sine suo mandato. Nam tunc pro cõfesso haberi non poterit, ex alieno facto, & tamẽ solutio recipienda erit: quia a tertio etiam extraneo cujusque debitum dissolvi potest, & id recipere debitor cogitur. l. solvendo, 39. de negot. gest. l. solutione, de solutio. Et hanc tutissimam esse viam, nonnulli arbitrantur. Bart. Capoll. in caut. 12. per ea, quæ traduntur à Dd. in c. testium extr. de testib. Cæterum ea consti. prov. 40. parte 4. reus offerẽdo mulctam a pœna infamiæ injuriarum non liberatur. Tertius modus est, si ante sententiam reus pacificatur aut transigat, authoritate Judicis impetratã: l. furti, 6. §. qui jussu, h. t. aut citra jussũ Judicis, adhibitã protestatione, se transigere, non quòd delictum commiserit fateatur, sed quòd a vexatione litis sese redimat. Ita enim protestatum excusari volunt Dd. Jason in l. transigere, 18. n. 2. C. de transact. Quartus modus est, si Judex recedat ab ordinaria pœna: quod fieri ex causa posse, diximus, & aliquam leviorem reo imponat, quam quæ ex lege debeatur. l. in servorũ, 10. h. in personis de pœnis. Censetur enim cum existimatione dispensasse, qui duriorẽ pœnam imposuit. d. l. furti, l. quid ergo, 1. pen. h. t. l. 3. & 4. C. eod. l. ordine 15. ad municipal. Quintus est, si Judex expressim in sententia existimationem non contineri, addita clausula, se illud ex justa causa facere. Nam cum ipsa imposita duriore pœna famæ consulere possit, ut supra dictum est: non expresse idem non possit, ex justa causa, nulla ratio est. Bart. in d. l. quid ergo, §. pœna, h. t. Bald. & communiter Dd. in l. 3. C. eo. sed hoc casu cautam in sententia exprimere aut specialiter, aut in genere debet, etiamsi alias ad id non cogatur, ut faciunt, ubi Dd. de re & sent. jud. Quia citra justam caussam, Judex damnatum reum ab infamia, contra legis dispositionẽ, liberare regulariter non potest. d. l. non potest, de furt. d. l. ordine 15. ad municip. Sextus modus est, si reus damnatus, a sententia provocet & pendente appellatione, & reclamatione, aut alio remedio sententiam suspendente, det operam interea, ne subsequatur altera sententia, sed lis pereat per pactum, solutionem, aut alio quovis modo. Bald. in l. 3. nu. 3 & 4 C. eo. l. qui cum major. 14. de bon. li. Septimus & ultimus modus est, si probus affectus, per principem existimationi pristinæ restituatur, d. l. solet 10. h. t. Bald. in d. l. n. 3. & 4. C. eod. & in l. 1. & seq. C. de sent. pass. & restitut. Bart. in l. 1. §. fin. supr. de postulan.

OBSER-

OBSERVATA.

Fama ut hic consideretur.

N. I. *Hominis in seipso*) Verùm rectè *h.loc.* monet Bachov. famam aut infamiam hic non considerari ut est hominis in se ipso, sed ut *macula apud alias personas.* Et accuratè loquendo, aliud est privatio vel imminutio famæ : quæ semper fit per turpe aliquod factum, aliud *qualitas vel macula exindè contracta.* Rectius itaque dicitur, quod infamia sit *macula ob turpe factum contracta.* Conf. Bach. *d. disp. 8. thes. 4. A.*

Quid infamia?

Est vel juris vel facti.

N. II. *Aliam*) Duplex est infamia, *juris & facti.* Turpe enim illud factum (aliàs probrum, *l. 42. de V. S.*) quod *à jure sive lege notatur*, dicitur infamia juris, & plerumque κατ' ἐξοχὴν absolutè infamia, *l. 27. C. de inoff. testam.* Probatur hæc divisio, *arg. l. 2. de obsequ. parent. & patron. præstand. l. 20. l. 22. h. t. junct. d. l. 27. C. de inoffic. testam. l. 25. C. ad L. Jul. de adult. l. 10. §. 12. de in jus voc.* Baldi tamen facti infamiæ subdistinctio frivola est. Nam 1. quæ ortum à vulgo & incerto autore habet, nulla est infamia, neque Ethicè, neque Politicè, nec in sensu juridico, quia non constat de turpi facto, quod princeps est & intrinseca infamiæ causa 2. Nec increpiti à patre vel judice, ob increpationem illam ullo modo sunt infames, ut fatetur Wesenb. *infr. n. 5. circa fin. v. increpiti.* Si autem causam increpationis consideres, turpe scilicet factum, infamia vera facti erit. 3. Macula ex hæresi oriens, non alia est, quàm infamia juris, *Auth. Credentes. Auth. Gazaros. C. de hæret.* Neque autem magis verum, quod ex eod Baldo approbat A. facti infamiam aliâ graviorem aut leviorem esse. Utraque enim infamia suos iterum gradus habet. Quoad infamiam juris id constat ex edicto *in l. 1. h. t.* quæ tamen non ex effectu, sed ex turpi facto, quorum uno altero est gravius vel levius æstimanda est. Idem obtinet in turpibus factis quæ à lege non notantur, quæ tamen prout magis vel minus mala, ipsam etiam facti infamiam aggravant vel elevant. Præterea hæc autem notandum I. quod jure Canonico sit quædam infamia, eorum qui in peccato aliquo mortali vivunt, *c. illi qui 6. qu. 1.* Sed hæc, si ignoretur ab aliis, infamia nulla est, si de ea constet, in alterutram juris vel facti incidit. II. Infamiæ affinis est (nam ab ea verè differt) Levis macula, *arg. l. 27. C. de inoff. testam.* quæ suos etiam in jure effectus habet. Ejusmodi autem ferè duplex est, 1. In iis, qui exercent *sordidum vitæ genus*, ut sunt excoriatores, castratores suum, lictores, carnifices. Communiter enim orbis Christianus sanguinem humanum crebrò fundere horrendum reputat, & ideò non ipsi solùm carnifices ferè pro infamibus habentur, sed etiam filii eorum : Nec quis filias ducere potest absque ignominiæ nota, Christ. Besold. *de nobilitat. fol. 106. c. 11. th. 4.* Joh. Faber. *Inst. de inoff. test. ad §. Non autem liberis, v. soror autem n. 3.* 2. Qui orti ex corruptis natalibus, ut sunt in genere illegitimè nati, spurii scilicet (qui ex scortatione, aliàs vulgò quæsiti, stupro, adulterio, incestu) & naturales progeniti ex concubina. Nam 1. nullum in his turpe factum. E. nec ulla infamia. 2. Maculâ tantùm laborant, quod causa eorum (illegitima conjunctio) sit turpis, jure Divino, civ. & gentium, eine leichtfertige und unziemliche Beywohnung / *arg. l. 144. de V. S. l. 13. ad L. Jul. de adult. & l. pen. §. virgini. de donat. int. vir. & ux. c. conjunctiones 35. q. 2. c. cum multa 15. q. 8. 3.* Non tamen est sine turpitudine vel maculâ, patrem aut talem quem justæ nuptiæ demonstrant, non habere, non agnationem & insignia. 4. quia etiam civiliter turpe est esse spurium, *arg. l. 5. C. ad Senat. Orphit. l. f. C. de natur. lib. junct. l. 27. C. de inoff. testam.* & esse naturalem, *arg. d. l. 13. ad L. Jul. de adult. arg.* der R. Policey Ordnung / *de anno 1577. tit.* von leichtfertigen Beywohnungen. Accedit quod Aristot. 3. *Polit.* 3. dicit, in quibusdam civitatibus spurios non numinari inter cives, nisi deficiat genuinus, & 1. *Rhetor* 5. negat dignitatè generis in spurios & indignos derivari. Conf. Besold. *in delib. h. t. q. 9.* & Thoming. *decis. 48.* qui tamen cum Palæotto *de spur. c. 55. n. 13. & seqq.* minùs rectè ne maculam quidem in illegitimè natis concedunt. Quisnam autem hodie hujus levis maculæ sit effectus, dicemus *infr. ad n. 8. h. t.* III. Denique alia est infamia impropriè, quæ apud vulgum pro tali habetur, sed reverâ nulla est. Derer so tadelhafftes Geschlechtes sein / als Zöllner / Müller / Bader / Bartscherer / Pfeiffer / Trommeter / Leinweber / Schäfer / oder die von denselben erzeuget / so man in ehrlichen Gilden und Zünfften und Gaffeln zuverwerffen pfleget. *Quemadmodum in collegiis opificum nonnullis cautum reperitur, contra expressam juris prohibitionem Ordinationis Polit. de anno 1577. 1530. 1548. tit.* von Handwercks Söhnen / quæ clausulam habet statutorum aut consuetudinum contrariarum revocatoriam. Conf. not. *f. de legib. n. 8. ad v. consuet.* Ideòque multò minus huc obtinet (1) in iis qui molas & ovilia propria habent quæ alii procurant. Quomodò respondit Fac. Jur. Juliæ nostræ Fredero. Cothman. anno 1600. d. 11. Dec. verbis: Ob gleich Statuta oder Gewonheiten / dadurch die Schäffer und Möller sampt deren Kindern zu keinen Gilden und Zünfften gelassen / sondern davon außgeschlossen werden / irgends wo kräfftig und beständig gehalten würden / daß dennoch die jenigen, so eigene Mühlen und Schäffereyen haben / die sie selber nit bewohnen / sondern durch ihre Diener verwalten lassen / damit durch auß nicht gemeinet sein können und ihnen deßwegen einiger Zutritt zu einem jeden ehrlichen Stande in keine weg benommen werden möge. (2) locum non habet in Liberis legitimatis. Vid. *f. de his qui sunt sui vel al. jur. n. 2. adv. per subseq. & v. diploma.* (3) ex bigamia natis ab ea quam maritus secundùm duxerat, criminis ignaram, *arg. l. qui in provincia §. 1. de rit. nupt. c. 2. c. ex tenore. qui fil. sint legit. ubi* Hostiens. *n. 3.* Schneidvv. *Inst. de nupt. n. 16.* Ut responsum à Dn. Antec. Fac. anno 1604. 8. Mart. Obwol H. B. nicht gebüret hat / bey leben seiner zuvor genommen Ehefraw sie zuverlassen / und eine andere anders wo zunehmen; nachdem gleichwol dieselbe andere Fraw / seiner noch wehrenden Ehe unwissend / ihn offentlich als zur Ehe ihr durch den Priester zusprechen lassen / daß demnach der von ihm und ihr gebohrner Sohn / nach besage der Rechte *pro legitimè nato* zuhalten. (4) in ducente fœminam quam alius imprægnaverat, *d. c. 2. & seq.* (5) in liberis castratoris suum, lictoris, excoriatoris, quique horum filias uxores ducunt. Beat. *in casib. var. p. 24. & seqq.* (6) qui cum carnifice edit, bibit, vel alio modo conversatur, D. Richter *dec. 80. n. 20. & mult. seqq.* & similibus. Adde Freher. *de infam. lib. 3. c. 22.* & de castratoris suum filia, non arcenda à Collegio Cerevisiariorum, sententiam Senatus oppidani Helmstadiensis, requisita prius Facultate Jur. Lips. publicatam, anno 1655. d. 28. Dec. verbis: Das Beklagte / ihres vorwendens ungeachtet / Klägers Eheweib in ihre Braw Innung einzunehmen schüldig.

Improbatur Baldi infamiæ facti subdistinctio.

Gravior aut levior infamia non variat speciem.

Alia infamia ex jur. Can.

Alia levis macula quæ pro infamia non est.

Ob sordidum vitæ genus.

Ob corruptos natales.

Cujusmodi sunt spurii.

Alia Infamia saltem apud vulgum quæ nulla.

Eorum exempla.

N. III. *Causam efficientem*) Rectius dicitur Causa efficiens infamiæ, in genere quidem, *turpe factum, arg. l. 1. §. 5. de extraord. cognit.* In specie verò infamiæ juris (de qua hic saltem) *turpe factũ & lex seu jus notans, arg. l. 20. h. t.* Notat autem ita jus vel *immediatè*, vel *mediatè*. Illo modo per *verba juris*, ut legis, SCti, Plebiscit, Decreti Principis. Hoc modo *per sententiam judicis.*

Causa effic. infamiæ turpe factum.

Q

Nec

Non transactio.

Nec faciendum cum Bocero, qui *class. 5. d. 6. th. 8.* addit *pactum & transactionem*, *l. 4. §. fin. & seqq. h.* nam hæc ad alterum modum commodè refertur, quia non quod pactio fit irrogatur infamia, sed quod paciscentem jus pro confesso habeat, *l. 5. eod. tit.* exemplo judicati, qui itidem pro confesso est. *Arbiter*, cum non sit judex neque sententiam ferre possit, nec infamem facit. Ideoque inconcinna ratio est Autoris, quod famæ causa capitali æquiparetur; cum nec judex pedaneus, imò nec ipse Prætor Urbanus cognoscere possit de causis capitalibus, & tamen ab eisdem dicta sententia faciat infamem. Conf. Bach. *h.* Illud notatu dignum, quod nulla infamia detur sine dolo, quamvis non omnis dolus infamet: Unde Q. an illa ob latam quoque culpam irrogetur? Affirmat hoc Bachov. *in not.* 1. quod dolus & culpa (exceptis saltem causis capitalibus) perpetuò comparentur, *l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. dix. l. 1. §. 5. de O. & A. §. 6. I. de suspect. tutor.* 2. Idque in pœnalibus obtineat, duobus exemplis, altero juramenti in litem (quo coerceatur contumacia) *sec. l. 5. §. 3. de in lit. jur. junct. l. 2. C. eod.* altero actionis to duplum pœnalis, *l. 1. §. 2. si is qui test. liber.* Idem sentit D. Perez. *C. h. n. 5.* Verùm defendendus est noster Wesenbec. longè rectiùs hic distinguens inter factum culposum quod lex notat, & quod non notatur. Illud enim pariter ac dolosum infamat, ut si quis ex ignorantia juris (quæ lata culpa non dolus est) mulierem sciens duxerit intra tempus luctus, *l. 11. §. 4. h. t.* Wesenb. *infr. de jur. & fact. ign. n. 4. v. atque hæc.* Contra in casu *l. 6. §. fin. l. 7. l. 8. eod.* ubi supina satis subest negligentia, infamia non irrogatur. Et ratio est, à principiis mediis inter justit. & injustitiam petita, quod odiosa, (utpote infamia,) sint restringenda, non verò extendenda, nisi lex ipsa hoc faciat, *c. odia, de R. I. in 6.* Ad rationes Bachovii unà operâ respondemus, quod regula illa: dolus & lata culpa æquiparantur, 1. vera tantum sit de effectibus utriusque, non verò de essentia 2. quod eadem non obtineat, nisi in certis tantùm casibus, puta in veris & quasi contractibus, & delictis pœnam pecuniariam habentibus: in illis quoad parilem effectum præstationum, in his verò quoad paritatem pœnæ. An verò hoc etiam locum habeat in imponenda infamia, hoc ipsum est in quæstione, & per textus ex adverso citatos neutiquam probari potest. Add. Freher. *de existim. lib. . c. 10. n. 2.*

Non lata culpa.

Quom infamis miles ign. caus. miss.

N. V. *Ignominiæ causa*) Plura veniunt de iis, qui lege notantur observanda. I. *Miles* notatur *ab exercitu ignominiæ causa missus*; Modò vel is qui mittit addat nominatim, se ignominiæ causâ hoc facere, *l. 2. §. 2. h. t.* aut expressè saltem sit causa famosa, *l. 13. §. 3. in fin. de re milit.* vel si insignia militaria detracta, & fiat exauctoratio *d. l. 2. §. 2. v. sed et si h.* Insuper autem miles fit infamis, si prædia conducat, *l. 35. C. de locat. cond.* quod illud civiliter turpe habeatur, *arg. l. 42. de V. S.* quia quædam sunt ἄδικα φύσει quædam τάξει, 1. *Rhet.* 12. 5. *Ethic.* 1. *vers. quando autem, & c. un sub med.* II. Dicitur in *l. 3. h. t.* eum qui operas suas locavit, ut prodiret artis ludicræ causa neque prodiit, non esse infamem. Cui contrariari videtur s. *l. 1. §. 6. v. & qui operas, de postul.* ubi dicitur, eum qui operas locavit, ut cum bestiis pugnaret, esse infamem, sive depugnaverit, sive non 2. *l. 6. h. t.* ubi athletæ in scenam prodeuntes non notantur. Resp. Gloss. *in l. 3. h.* ad *d. l. 1. §. 6.* diversos esse casus, operas locare ad depugnandum cum bestiis, & locare easdem artis ludicræ causa. Ratio autem quam non assignat, est, quod qui propter pecuniam cum bestiis pugnant sint perversi animi; cum ob pecuniam vitam morti exponant, ideoque in iis & consilium punitur, *d. l. 1. §. 6.* secus in iis, qui non quæstus sed roboris, virtutis, & exercitii causa vel pugnant cum bestiis, ut faciunt aliquando Imperatores & milites, vel qui in arenam prodeunt, ut athletæ, *l. 4. h. t.* At ars ludicra non est adeò turpis, ut & consilium puniri debeat, *d. l. 3. eod.* Conf. Pancirol. *in thesaur. var. lect. lib. 2. c. 20.* III. Lenocinium facere dicuntur, qui quæstuaria mancipia vel uxores habent, vel liberos quæstuarios. Exercetur illud vel principaliter, si quis id profiteatur, vel accessoriè per occasionem alterius negotiationis, ut cauponæ, stabuli, balnei *l. 4. §. 3. h. l. 43. §. 9. de rit. nupt.* Quærit hic Autor *an qui notaria scortatione, adulterio &c. turpem degunt vitam, ipso jure statim ex facto sint infames?* Et affirmat ita, ut mulieres exinde statim sint infames, modò deprehensæ, h. e. quam primùm constet de prostituta pudicitia, licet necdùm sint damnatæ; quia factum lex statim notet in illis, *l. 43. §. pen. de rit. nupt.* mares verò non item, nisi demum per sententiam sint damnati, *arg. d. §. pen. junct. l. 14. de testib. & arg. l. 12. C. ad L. Jul. de adult.* ubi hoc notat Accursius. Diss. Bachov. *ad Tr. d. 8. th. 5. C.* Et hanc distinctionem cum A. *h. v. stupro aut similibus probris*, etiam in stupro vulgari veram putamus, *arg. l. 41. v. turpiter viverent, junct. l. 43. pr. & §. 1. 2. 4. de rit. nupt.* licet Bachov. in not. hic eam restringere videatur tantùm ad adulterium. Romanus quoque citatus Autori cum Gl. d. l. saltem loquitur de adulterio, non de stupro & similibus. Ratio est, & quod in muliere adultera sit metus suppositionis partus; & quod in genere major castitas in muliere, quam in viro requiratur, Arist. 1. *Oecon.* 7. quæ ratio posterior utrobique militat. IV. Quod *condictio furtiva* non infamet, probatur quidem per *l. 36. de O. & A.* sed vera ratio est, quod *directò non descendat ex furto* sive causâ famosa; unde nec in ea principaliter dolus vindicatur, sed petitur rei restitutio, adeoque furti & doli ibi fiat mentio per accidens, de quibus *ad tit. de condict. furtiv.* *Non longè diversum* obtinet in actione quod metus causa, quæ Autori indistinctè dicitur non esse famosa; scil. nec quando datur contra tertium, nec quando contra eum qui metum intulit. Adæquata ratio est, quod actiones illæ infament, quæ sunt tantùm personales, & ex turpi facto, *arg. l. 1. & pass. h. t.* hæc verò sit in rem scripta & naturâ suâ rei persecutoria, *l. 14. §. fin. quod met. caus. l. 9. §. fin. eod.* Conf. Bach. *h. in not.* V. IN Q. *an transigens de privatis delictis fiat infamis?* verissima est ex multis Dd. opinionibus A. distinctio inter litem nondum contestatam, & quando ea contestata est, *arg. l. 14. in f. h. t. l. 27. §. 4. de pact.* Priori casu transactio valet citra infamiam, *l. 18. C. de furt. l. 17. §. 1. de pact.* & quia lege fit permittente, & quia infamis demum hoc nomine est, qui pro confesso habetur, *l. 5. h.* at ante litem contestatam pro confesso nemo habetur, *l. 26. §. 5. de noxal. act.* Diss. Bach. *ad Tr. d. th. 5. H. v. intellige.* Altero casu pacisci quoque licet, sed paciscentem tunc sequitur infamia, *l. 4. §. fin. l. 5. l. 6. §. 3. h. t.* Limitat tamen Wesenbec. hanc sententiam 1. si quis gratis paciscatur, propter *d. l. 6. §. 3. h. t.* 2. si jussu Prætoris. 3. si hæres, *l. 14. h. t.* si in pactione exprimatur e. g. pro redimenda vexa, ut loquuntur. Sed posterius, licet fiat cum protestatione, scilicet non dari pretium ex conscientia delicti, tantùm ut molestiæ litis evitentur, ut requirit h. in not. Bachov. infamiæ effugiendæ non sufficit; cum ipsa litis contestatio contrarium inducat contra paciscentem, & subjecta protestatio facto sit contraria: add. Del Rio *ad l. 18. n. 529. & seqq. supr. tit. de transact. p. 273.* VI. Ex personalibus actionibus ex contractu tantùm quatuor infamiam irrogant, mand. pro soc. tut. & deposit. *per text. alleg.* ubi notandum 1. *quod causa hujus sit dolus exuberans & insignior,*

Non arbiter.

Qui in scenam prodit quæstus causa

Qui lenocinium faciunt.

Q. an qui notorius scortator &c. ipso jure infamis. Diss.

Quare cond. furti non infamet.

Nec actio quod met. caus.

An & qui transigens in delict. privatis fiat infamis.

Mand. pro soc. tut. & depos.

Effectus person. eorum tum infamium.

figulur, quem puto intelligere Wesenb. hic per fidem ruptam. Vid. Hillig. *Donell. enucl.* 18. *com.* 8. *lit. FF.* 2. *quod hoc obtineat in directis non in contrariis, l.* 6. §. *fin. h.t.* excepta contraria mandati, *d. l.* 6. §. 6. *eod.* in qua eadem quæ in directa ratio 3. *sententia damnatum in his fieri infamem non verò eum qui transegit*, modò nomine doli fiat condemnatus *l.* 1. §. 4. *ad Sen. Turpill. l.* 8. §. 9. *mand.* Nam cum & in his 4. contractibus quis condemnari possit ex culpa, iniquum foret indistinctè sequi infamiam. Ideoque & si quis simpliciter causâ nullâ adjectâ condemnatus, idem dicere humanius est, *arg. d. l.* 1. §. 4. *l.* 2. §. 7. *quar. rer. act. l.* 4. §. 16. *de dol. mal. & met. exc.* Ita Gl. & Dd. comm. Add. Hillig. *d. l.* Bachov. *ad Tr. h. th.* 7. *E. F.* VII. Ratio quare intra annum luctus alii nubere non debeat mulier, duplex est, 1. *ut marito debitus præstetur honos.* 2. *turbatio sanguinis*, h. e. ne uxore gravida ex defuncto marito, fiat superfœtatio, *l.* 11. §. 1. *h. t.* Rittershaus. *in differ. jur. civil. & canon. p. m.* 105. Bachov. *in prot. p.* 781. & 782. *Tr. d. disp.* 8. *th.* 5. *A & ibidem.* Bachov. *v. & quia.* Et ex posteriori causa non solùm est, quod pœna infamiæ non obtineat in marito, sponsa & sponso *l.* 9. *h. t.* sed & illa ipsa ratio gravior videtur priori, quod luctus liberorum ob defunctos parentes (quibus tamen summa debetur reverentia) non impediat nuptias, *d. l.* 11. *pr. h. t.* & illi ob contractas non fiunt infames, *l.* 23. *eod.* Eidem tamen rationi valde contrariari videtur, quod ex aliorum sent. *Medicis* scilicet secunda conceptio (superfœtatio) in muliere locum non habeat, unde & nulla hic erit sanguinis turbatio. Priori itidem adversatur *d. l.* 11. §. 2. *h. t.* ubi dicitur, quod quæ partum edidit intrà tempus luctus, statim se possit nuptiis collocare. E. non debebit hæc reverentiam defuncto. Statuendum arbitror 1. quod prædictæ rationes hic sint conjungendæ. 2. JCtos Rom. fuisse in eâ opinione, quod superfœtatio locum habeat, quo facit *l.* 30. §. 6. *de acq. her. l.* 3. *si pars hered. pet.* quemadmodum censuit quoque Hippocrates *libr. sing. de superfœt.* nec diversus est Arist. 4. *de gen. anim.* 5. & 7. *de hist. an.* 4. Plin. 7. *hist. nat.* 11. Videsis Paul. Zach. *q. Medico-leg. l.* 3. *q.* 4. Ad *l.* 11. §. 2. *h. t.* respondetur, eam intelligi de muliere quæ virum habuit more majorum non lugendum, de quo agit etiam §. 1. §. 3. Gloss. *in d. l.* 11. Et exinde utrumque falsum est quod subjicit Wesenb. secus esse si constet mulierem gravidam, item si pepererit; quia utroque casu obstat tamen reverentia defuncti, priori verò & altera ratio, quam suprà dedimus; & *citatam l.* 11. §. 2. diximus accipiendam de viro qui non erat lugendus. Cæterùm jus Pontificium quidem mulieri non gravidæ nubere intrà annum luctus permittit citra metum infamiæ, quamvis absurdè ex eo quod 1. *ad Corinth.* 7. *v.* 39. dicitur uxorem mortuo marito esse liberatam à lege viri, & posse nubere, si velit, in Domino) sed inde non sequitur E. nubere potest intrà annum luctus; 1. quia ratio *d. l.* 11. *h.* rationi & honestati morum est consentanea, *ut in l.* 1. *C. de secund. nupt.* pertinens *ad primum juris præceptum, honestè vivere.* 2. hanc propterea, quod liberam dixit mulierem esse, non censendus est tollere voluisse Apostolus; *quia saltem mens ipsi fuit ostendere, quod secundæ nuptiæ illi solutæ mulieri non prohibeantur.* Conf. latius hæc explicantem Bach. *prot. p.* 78, Rittershaus. *p.* 108. & *seqq.* Gl. *in l.* 15. C. *h. t.* Baldus & alii distinguunt an sit periculum turbationis sanguinis & futuræ partus incertitudinis. IIX. *Perjurum* infamem esse Dd. communiter probare solent per *l.* 41. *C. de transact.* sive agat contra *transactionem* aut *pactum* juratum, aliovè modo contra religionem Bachov. *ad Tr. d. th.* 5. *lit. K.* In punctu tamen juris sententia contraria, quod *sc. d. l.* 41. loquatur saltim de eo,

Cur mulier intra annum luctus nubens infamis.

JCti statuerunt super fœtationem

Notatur ratio J. Can.

An perjurus sit infamis.

qui contra transactionem juratam agit, verior videtur, quam in not. hic amplectitur idem Bachov. & probavimus sup. de trans. Rectius probatur perjuri infamia, ex *c. infamis* 6. *q.* 1. *c. si quis convictus c. querelam. de jurejur.* P. H. O. *art.* 107. Juxtà quæ responderunt Dn. Antecessores Facultatis L. H. ann. 1614. d. 23. Mart. verbis: Daß ihr D. O. der allbereit fugitivus worden/und von euch wiederumb zu handen gebracht/ auch an den Geldern des W. darüber er gesetzet gewesen/ wieder seinen darauff geleisteten Eyd sich vergreiffen/ infamis und anrüchtig geworden/ ad juratoriam cautionem in dieser ewer hohen forderung/so auff 4000. fl. sich erstrecket/kommen zu lassen nicht schüldig. (*per c. parvuli* 22. *q.* 5.) IX. Frivolè *appellans* indistinctè non fit infamis, sed si appellando convitium dicat. Unde quod in *l.* 19. *C. de appell.* est, notari injustum appellantem, rectè Bach. *in not. hic* dicitur particulare & de eo intelligendum, qui cum summa impudentia & notoriâ injustitiâ fatigat judicem appellando. Sic enim violatur obedientia debita superiori, impeditur juris executio, injuria fit judici, cujus sententia reprehenditur, & adversario, cui debitum non tribuitur, atq. sic contra justit. & universalem & particularem valde impingitur. Cæteroquin regulariter pravo animo appellari non solet, sed spe aliqua remissionis vel temperamenti sententiæ, unde & ex se non est injusta appellatio, *l.* 1. *de appell.* X. Denique quod dicitur h. n. cedentes bonis ipso jure infames non esse, expeditum est, cum nulla sit lex eos notans, & per *l.* 11. *d. f. v. salvâ eorum existimatione. C. qui bon. ced. poss.* Sed nec isti laborant infamia facti 1, quia cedere bonis est de genere permissorum & indifferens, nec probrum aliquod, unde & beneficium juris dicitur, Wes. *infr. de cess. bon. n.* 3. quod illis demum conceditur, qui dolo culpâve in paupertatem non inciderunt sed infortunio suo, *l. sunt qui de Re judic. mult. l.* 3. §. *tutores.* 5. *de suspect. tutor.* 2. per *l.* 11. *C. h. t. d. l. fin. C. qui bon. ced. poss.* Nec contrariatur *l.* 2. *C. de palat. sacr. largit. l.* 40. *C. de decur.* quia loquuntur de decoctoribus publicis, qui bonis cedere frequentant. Dist. Wes. *infr. d. n.* 3. & novissimè Dn. Manz. *patrocin. debit. de pauperat. dec.* 2. *q.* 2. *n.* 87. & 88. Cedentes tamen maximè illos, quibus aliquid culpæ imputari potest, legem aliquam maculam contrahere non dubitaverim. Cæterùm & de illis qui torturam passi sunt, quæsitum memini, an pro infamibus habendi sint. Quod nego, cum Marqu. Freher: *de infamia c.* 5. *n.* 15. Dn. Richtero *decis.* 80. *n.* 30. *ubi idem etiam de relegato statuit regulariter, n.* 29.

An frivol. appellans.

An cedens bonis.

An passus torturam.

N. VIII. *Infamia facti*) Rectiùs *effectus infamiæ facti* hos facit Bocerus *class.* 5. *disp.* 6. *th.* 75. 1. quod repellat à dignitate, *c. infamibus de R. I. in* 6. *l.* 2. *C. de dignit.* 2 attenuet testimonium, *c.* 1. *de testib.* 3. repellat à querela testamenti inofficiosi, *l.* 11. *l.* 19. *C. de inoff. testam.* 4. Inducat querelam *l.* 27. *C. eod.* Quamvis autem secundum restringat Bach. *h.* ad infamiam juris, & ita intelligat, *l.* 2. *C. de dignit.* idem tamen & de infamia facti rectè asseritur, ob textus generalitatem, modo de turpi facto constet. *Levis* verò *macula*, hi ferè *effectus* dari possunt 1. quod locum faciat querelæ, *arg. d. l.* 27. *C. de inoff. testam.* 2. Excludat à sacris ordinibus, per *c. venerabilem, qui filii sint legit.* 3. quod in muneribus integræ opinionis homo præferatur, *l.* 3. §. 2. *de decur.* 4. arceat à Collegis opificum; unde horum statuta laudantur, daß die jenige so unehlicher Gebuhrt / in Zunfften und Gilden nicht auffnehmen. Conf. not. *c. de his qui sui vel al. n.* 2. *ad verb. per subsequens* Dn. Richter *d. dec.* 80. *n.* 10. 5. attenuet testimonium. Add. Heig. *part.* 1. *qu.* 1. Cæterùm quod adjicitur, turpes personas à *Notariatu* non excludi, etc. non probatur, neque di-

Effectus infamiæ facti.

Et levis maculæ.

An turpis pers. possit fieri Notarius

que di-

que disertè statuunt allegati Interpretes, & contrarium patet ex Constit. von Notarien zu Cölln. *de anno* 1512. §. erstlich. Vid. Bach. *ad Tr. h. th. f. D.*

An reus offerendo pœnam pecuniariam infamiam evitet. Affirm. sub distinct.

N. IX. *Verum illud hic quæstionis est*) Sc. *an reus offerendo pœnam pecuniariam, v. c. ob raptum, ex causa furti manifesti, etiam post litis contestationem, infamiam possit evitare?* De quo Wes. hic tres affert opiniones. Nobis placet sententia Socini, modò rectè explicetur: Nam contingit infamia vel ipso jure, vel per sententiam. Illud iterùm dupliciter 1. quando jus statim ex ipso facto irrogat infamiam, ut in deprehensa in adulterio, binis sponsalibus contractis &c. *l.* 1. *h. t.* Et in his frustranea est oblatio, nec quæstio locū habet, quia effectus legis, qui ex ipso facti tempore jam operari cœpit, perpetuus est, unde posteà offerens nihilominus infamis manebit, nisi fortè de pacto adhuc dubitetur, & judex de eo cognoscat, 2. jus ipsum infamat quoque ita, ut tamen tractum aliquem temporis admittat, ut si qui juramento interposito transegit, promissa non statim adimpleat, si quis dicatur temerè appellasse &c. In his mora potest purgari per celerem oblationem factam, modò ante litem contestatam, Cessat enim hic ratio in priori casu militans. Altero modo, quando per sententiam demùm fit infamia, potest oblatio fieri etiam post litis contestationem, & ita evitari infamia. *arg. l.* 73. *de procurat*, quam Autor rectè ad hoc inducit. Si enim ibi proxima causa infamiæ est sententia, sequitur quod dum cessit illa, & infamia cesset. At verò prius E. consequenter & oblatio tam diu poterit fieri. Diss. ab hac sententia Bachov. *ad Tr. d. disp.* 8. *th.* 7. *D. & in not. ad Ant h. loc.* approbans Bartoli opinionem, quod offerri possit saltum ante litem contestatam & Socini distinctionem rejiciens 1. quod in casibus quibus jus ipsum notat infamiam, frustrà quæratur de litis contestatione, cum nulla earum sit actio. 2. Post litis contestationem non possit fieri oblatio ex iis, quæ ipsemet Wesenb. contra Panormit. disputat. 3. quod distinctio inter pactionem & solutionem sit nulla, cum ex hac fortior confessionis præsumptio nascatur, quam ex pactione. Verùm facilis responsio est. Nam 1. ut dictum, & in illis quæ ipso jure infamant, manifesta est differentia 2. Wesenb. *in seqq. u. nec eadem in solutione.* se explicat 3. solutio saltem habet effectum infamiæ, si post litis contestationem fiat ex causa transactionis, *l.* 4. §. *f. l.* 5. *l.* 6. §. 3. *h. t.* non verò si pœnæ nomine. Confer pro hac sententia; quam praxis fovet, quæque humanior est, Gail. 2. *O.* 103. *n.* 2. & 4. Donel. 18. *comm.* 1. *crv.* 8. Bocer. 9. *d.* 8. *th.* 5. D. Mantz. *h. n.* 222. Cæterùm cum infamia pœna sit, *l.* 1. & *t. t. h.* illa potissimùm ex principiis formalibus à justitia manantibus originem cœpit, h. e. quæ circa formam legis versantur, ad id quod justum est rectâ ratione ac viâ in Remp. inducendum, ac in duobus præcipuè consistunt, 1. ut bonâ voluntate id, quod justum est agatur. 2. ut suum cuique tribuatur. Ut enim in arte Medica haut sufficit medicamenta bona esse, nisi ita præparata sint, ut ab ægro non illibenter recipiantur: ita & in Rep. minimè satis est leges esse justas, nisi & eâ formâ sint præscriptæ, ut à populo recipiantur. Cum itaque homines ex se & sponte sua justa non agant, appetens illa animi pars (bona voluntas) præter Doctrinam & Usum ac Exercitationem, Disciplinâ opus habet, quæ promovenda est voluptate & dolore (quæ præmiis & pœnis eliciuntur. & tam post mortem, quam in vita effectum habent) beneficio legum, magistratus & judiciorum, per quæ id quod justum est in Remp. deducitur.

Contra Bachovium ... respondetur.

Principia ... Infamia ... in pœnam est.

TITULUS III. C. 2. 13.

De Procuratoribus & defensoribus.

1. Continuatio.

POstquam dictum est de his, qui postulare non possunt, vel propter Edictū Prætoris, vel propter infamiam, aut aliā causam, sequens it videre de iis, qui pro aliis rectè postulant. Nam in judiciis prima quæstio est de procuratoribus: utrum videlicet is, qui alicujus nomine agit vel defendit, idoneus sit procurator, an non sit, *l. licet* 24. *C. eod.* Sequitur igitur consequenter titulus de Procuratoribus & Defensoribus, qui cum defensores à procuratoribus ipsa in scriptione secernat, par est nos idem discrimen retinere, & distinctè primum de procuratoribus, tum de defensoribus dicere.

2. Unde dictus procurator: quid sit, quomodo ab aliis administratoribus differat.

Procurare, est pro alio aliquid curare: & procurator eodem modo dicitur, quo proconsul, Proprætor, Protutor, & si quæ sunt similia, in quibus præpositio significat aliquid pro alio seu alieno nomine administrari. Procurator igitur, est authore J. C. *l.* 1. *hoc t.* ... *in Rub.* ... *nu.* 1. qui aliena negotia mandato domini administrat. Qua in definitione omisit genus, brevitatis causa, ut solent J. C. Subintellige autem genus, videlicet est Gestor, seu Administrator, seu Curator, &c. Materia ostenditur in verbo, Aliena negotia: Nam in propriis negotiis nemo sibi ipsi est procurator *l. licet* 42. §. *u.* ... *h. t.* Ut enim suis nemo servire dicitur, *l.* ... *de ser. urb. prædiol. uti fruct.* 3. *fi usufru.* ... ita contra nec quenquam rerum suarum procuratorem aut servum perhibemus. Hæc enim nomina & officia sunt relativa, quæ ad alium dominum respectum habent: ut una persona in eodem negotio, simul procurator, seu servus & dominus esse non possit. Differentia autem est in verbis, mandatu Domini. Nam specifica forma, qua procurator à defensore, negotiorum gestore, tutore, curatore, administratore civitatis, & similibus secernitur, est Mandatum Domini. Negotiorum enim gestor & defensor, sine mandato negotiantur: tutor verò & curator, ac similes, non domini mandatu, sed publicâ authoritate vel testatoris, vel legis, vel magistratus. At procuratoris est, qui mandatu privati domini administrat. Verbum autem Administrandi, cum denotat officium procuratoris, ... illud ab officio patronorum distinguit: quorum non est privatim negotia gerere aliena loco domini, sed pro alterius causa publicè dicere, & advocare, seu (ut loquuntur) jus partis pandere, meritaque causarum allegare. *vide tit. C. de postulando. & de advoc. divers. jud. & in l. rem novatam* §. *patrona causarum. C. de Iud.* Distinguit idem verbum, procuratorem à nuntio. Nam administrare, propriè significat loco seu jure domini negotium gerere, *tit. de administr. aut de admin. rer. civ.* Hoc autem modo procurator administrat: *l. nulla*: 3. *C. eod.* nuntius non item Quia nuntius non loco domini aliquid accurrat, sed ut nudus minister, penes quem non est jus administrandi, sed solummodo nudum factum exequendi: quique veluti instrumentum seu organum aliquod intervenit. *l. si pupillo*, 6. §. *item, ubi gloss. de neg. gest. Dd. in l.* . *C. per quas person. nob. acquir. & in l.* 1. *de acqu. possess.* & (ut inquit Sj ... *de procur.* §. *nu.* n. 5.) vice epistolæ fungitur.

3. Divisio & genera procuratorum.

Procurator autem constituitur aut Universorum bonorum, *l. mandato* ... *hoc tit.* aut Certæ alicujus rei vel litis, negotiive *l.* ... *hoc titul.* Hic Specialis. *l. procurator.* 58. *ver.* ... *generaliter*, ... *c.* 5. *de procur. in* 6. Ille Universalis procurator dici solet, nonnunquam etiam generalis, *d. l. procurator* 58. aut procurator cum libera administrandi potestate *d. l. procurator* 58. *hoc tit.* quem ... Cic. pro Cœcina vocat: qui majorem ac liberiorem tractandæ rei potestatem habet, quam procurator generalis. *l. mandato* 60. *l. procurator* 63. *hoc tit. c.* 4 §. *fin. eod. lib.* 6 Rursum procurator alius constituitur in rem alienam, alius verò in rem utilitatemque suam: qui quidem alienum negotium (nam proprii, ut dictum fuit, nemo procurator est) mandatu domini gerit, sed ad suum tamen emolumentum: *l. servum.* 33 § *fin. hoc tit.* ut est is, cui dominus aut vendidit, aut quoquo modo actiones cessit, *l. procuratore*, 55. *l. si quis* 34 *h. t.* Tertiò, perhibetur alius esse procurator Judicialis, qui lites alienas in judicio persequitur: alius verò Extrajudicialis, qui extrajudicialia negotia curat, *l. servum* 33. *hoc tit.* Ultimò quidam dicuntur Veri procuratores, quidam Falsi. *l. licet*, 24. *C. eod. falsus.* 19. *C. de furt. l. licet* 56. *de judic.* Falsus autem procurator multis modis ut qui nullum habet mandatum: aut qui mandatum quidem habet, sed revocatum, aut alio quoquomodo extinctum, puta morte, &c. aut qui mandatum quidem exhibet, sed ad propositum impertinens: verbi gratia, si produ-

& producit generale mandatum, in causa, cui opus sit speciali, *cap. 5. de procur. in 6.* item cujus mandatum est insufficiens, puta ab eo, qui mandare non potest, datum: vel qui quidem procurator constitutus est, sed nondum mandatum exercendi officii accepit. *vide post gloss. Bar. Bald. & Salic. in l. filias 19. C. de furt. & Ias. in l. licet. n. 4. & 5. C. eod.*

Efficiunt autem & constituunt procuratorem aut Jussum judicis, (qui ut volunt Dd.) petentibus procuratores ipse constituit, *l. 1. § 2. ubi gl. & Dd. supra de postul.* (quanquam edictum illud non de procuratoribus, sed advocatis & postulantibus loquatur) aut Consensus privatorum & ratificatio, quæ pro mandato est. *Mynsing. observat. 44. cent. 1. unde glo. & Dd. in l. si pecuniam. 9. C. de negot. gest.* Nam constituuntur procuratores, voluntate mutua & constituentis & constituti, quasi per mandatum, *glo. in l. mutus 43. in prin. ad verb. procedere hoc tit. alleg. ad hoc l. 1. ff. manda. l. filiusfam. l. 8. § servitus § fin. l. 2. in verb. quia consensu absit hoc tit.* Ac item verè putare volumus, hic contractus in mandatum incidit, ex eoque Mandati producitur actio. *l. si procurator 8. ff. mand. l. licet 42. § eod. hoc tit.* Quibusnam verò procuratores constituere permissum sit, facilè sciri poterit, his cognitis, qui procuratores dare prohibentur, nam hoc edictum Prohibitorium est. Quocirca qui non prohibetur dare, hinc constituendi procuratoris intelligitur facta potestas *l. mutus 43. § 1. hoc tit.* Procuratorem constituere non potest, Excommunicatus, *cap. fin. ext. eod.* Pupillus, item Minor qui curatorem habet, nisi tutore vel curatore authore. *l. neque 11. C. eod.* Quod si porrò minor curatorem non habeat, sicut habere non cogitur extra judicium, *vide Instit. de curat.* tum procuratorē ad extrajudicialia negocia constituere potest: *l. mutus 43. § si quis 3. hoc tit.* ad judicia verò, litesq; persequendas, non item: quia legitimam ipse personam in judicio standi sine curatore non habet: *in prin. Instit. de curat.* tantum abest, ut alium ad id legitimare possit: quod & in mulieribus jure Sax. receptum est. *Landr. lib. 1. artic. 45.* Syndicum quoq; Universitatis, item tutor vel curator procuratorem dare non possunt in litem, antequam ea sit contestata, sed tantum actorem: *l. hoc ordinatum 74. hoc tit. l. neque 11. l. nulla 23. C. eod.* quia syndicus vel tutor non est dominus litis ante contestationem *d. l. neq.* Nullus procuratorem dare potest, nisi qui sit litis seu rei dominus *glos. in d. l. neque* Ab ea verò contestata & hi & ipsi procuratores, quamvis substituti tantum, alium dare ac substituere possunt. *d. l. neq; Mynsing. observat. 43. Centur. 1.* Filiusfamilias extra judicium procuratorem ad negotia rectè firmat, quoniam & rectè contrahit, quemadmodum & servus: in judicio verò procuratorem instar servi constituere nequit suo nomine, quia nec agere potest: quibusdam casibus exceptis, ut actione injuriarum, & similibus. *l. filiusfamilias 8. hoc tit. l. non eo. 14. C. eod.* Statuliber, qui de statu suo litigat, rectè procuratorem dat; neque enim pro servo habendus est, quamdiu de statu suo litigat. *d. l. servum 33. hoc tit.* Ab hostibus captus procuratorem facere nequit, sed tantum actorem aut curatorem: quia quamdiu in hostium est potestate, sui juris non est, nec rerum suarum dominus *l. ab hostib. 15. ex quibus causis majo.* Mutus & surdus eo modo procuratores dant, quo dare possunt, videlicet nutu vel scriptura. *l. mutus 43. h. t.* Plures quoq; simul agentes aut defendentes, unum procuratorem constituere possunt: non tamen plures cohæredes, inter se Familiæ herciscundæ judicio contendentes. Hic enim propter adjudicationes & condemnationes quæ invicem fiunt, unus procurator omniū nomine recipi non potest, ne idem eidem ac sibi ipsi condemnetur *l. licet 42. § pen. hoc eod. tit.* Sunt etiam qui inviti dare procuratores in judicio coguntur, ut qui per se litigare non possunt: cujusmodi sunt personæ illustres *l. penult. cum Auth. seq. C. eod.* & jure nostro Saxonum, mulieres: quæ in judicio neque agendo, nec defendendo, absque tutore litis, petentibus authoritate judicis præfecto, idonee consistunt *Chil. in prac. c. 12. per tot. li. art. 42.* Quanquam pro conjugatis plerumq; maritus (velut legitimus jure Sax. curator) præstita tamen de Rato cautione, admittatur. *l. mariti 20. C. eo.* Nam etsi legitimus sit rerum uxoriarū administrator, ac moribus quoq; patriis curator *l. lib. 1. art. 31. 41.* tamen, quia rem uxoris invitæ minuere nequit, *vide infr. de fund. dota.* idcircò non est satis consultum adversæ parti, nisi ejusmodi de Rato cautionem præstet. Quinam autem dari procuratores possint vel non, eadem regula, quam ante posuimus, dijudicatur Nam quicunq; non prohibetur dari, is id officij rectè suscipit, *d. l. mutus 43.* Dari autem in judicio procuratores non possunt Minores: quia propter beneficium restitutionis quod habent idonei non videntur esse *l. exigendi 12. C. eo. ubi Iaso n. 19. & 20. dicit, hanc esse communem, & in l. neque un. C. eod. tit. Panor. in c. non injustè 14. ext. eod.* nec habent legitimam personam standi in judicio: *L. & 2. C. qui legit. pers.* unde & in propriis, per curatorem litigare coguntur: *in princ. Instit. de curat. l. 2. C. de accus. et. l. 4. de his qui accus. non poss.* tantum abest, ut alienas lites persequi rectè queant, *l. fin. C. de leg. tut. §. item major 4. Instit. de excusat. tutor.* Feminæ quoque indistinctè in judiciis procurare vetantur: cum quo

virile officium est à pudore sexus alienum: *l. alienum S. C. eod.* tum quoniam intercessio, quædam est in procuratione judiciali, quæ alienam rem sua fide, suoque periculo tractandam suscipit *l. non distinguemus 32. § 1. de recept. arbit.* Intercessionibus autem mulieres non eo eorum idoneæ, quorum obligationi per S. C. Vellejanum eximuntur, *d. l. non distinguemus § 1. & tot. t. ff. & C. ad S. C. Vellejanum.* Nonnunquam tamen decreto causa cognita, Jure civili quidem admittuntur: ut si litem agant suam: *l. 4. C. eo. vide Cujac. ad Paul. lib. 1. tit. 2.* aut pro parentibus liberisve vel etiam captivo delatoque marito. *decis. Neapo. 143. Spec. li. 1. § rationes num. per l. 5. de lib. caus. decis. Rot. 16. tit. de procura.* intercedant: nec quenquam præsto habeant, qui se horum nomine alioquin offerat, *l. feminas 41. hoc tit. l. libertos 31. § pen. de neg. gest.* Sed jure Saxonum ne his quidem casibus admittuntur. Nam non habentibus tutorem aut intercessorem, judex ipse constituit. *glo. Land. 45. lib. 1.* Milites in aliena quoque causa, procuratoris officium suscipere, etiam volente adversario, vetantur *l. militem, 7. l. qui stipendia, 9. C. eod. l. filiusfam. §. veterani, h. t.* ne videlicet à publico, jure militiæ, per negotia privatorum avocentur, nisi tum, in suum aut suæ nomine cohortis agant, *d. l. filiusfam. §. veterani.* Item & Decuriones, aliisque dignioris (quia vile procuratoris officium est, *l. si quis 16. l. si quis 34. C. de decu. lib. 10.*) Medici & Professores: *Spec. de procur. § 1. nu. 35.* servus, alia ratione, quia personam standi in judicio legitimam non habet *d. l. servum l. 1. & tot. tit. C. qui legit. person. stan. in jud. non hab.* quanquam extra judicialibus rectè præficiatur; ut & Minor, Mulier, & similes: *vide infr. de Instit. act.* item furiosus, quia consensu caret. *d. l. 2. hoc t.* Filius porrò familias, dummodò major 25. annis indistinctè tam in judicio, quam extra judicium, sive ad agendum, sive ad defendendum, rectè procurator constituitur, *l. filiusfam. 8. in princ. hoc tit.* Mutus & surdus, ad negotia procuratores dari possunt; ad litem persequendam, nequaquam: *l. mutus 43. hoc tit.* quia nec postulare possunt *l. 1. §. 2. supr. de post.* Infames autem an idonei procurent, variè disputatur. Verum sustulit. Communis itaque conclusio est, Jure civili infamem procurare posse *§ fin. Instit. de except.* quia pro se & aliis quibusdam rectè postulat, *d. l. 1. §. fin. cum seqq. supr. de postul.* Nec obstat, quod infames ab omnibus honoribus & dignitatibus arceantur, *l. 2. C. de dig. lib. lib. 12. l. 1. C. de infam. lib. 11.* Nam procuratoris officium non est dignitas, sed onus: *ut ait glo. in l. 2. in fin. C. de dig. lib. 12. & Panorm. in c. Imperatorum, num. 9. in fin. de jurament. calumn.* & à plerisque pro vili contemptibilique functione habetur: *l. si quis procuratorem, ubi gloss. Bart. Ang. & alii hoc notant, C. de decur. lib. 10. Dyn. in c. infamibus in fin. de reg. jur. in 6. Panor. in c. post cessionem, num. 2. de proba.* Jure sanè Pontificio distinguitur, ut pro Ecclesiasticis nempe personis procurator ignominiosus non admittatur, sed tantùm pro laicis & secularibus, *ut post multam disput. concludit Panor. in d. c. Imperatorum nu. 9. de juram. calum. quod latissimè pro suo more exequitur Tiraquellus in tract. de nobilitate, c. 30. num. 2. cum mult. seqq.* Rei quoque causæ capitalis, *l. Reum. 6. C. eod.* & redemptores aliarum litium, *l. item 15. C. eod. l. si contra 20. C. mand.* item excommunicati, *c. intelleximus, de jud. c. pendentem, §. 6. de off. deleg.* procuratoris officium subire nequeunt; ut nec fiscus, aut universitas, aut civitas, *l. 3. tot. tit. C. ne fisc. vel privat.* alia tamen ex causa: ne videlicet potentia vel gratia in re privata causam alterutrius partis reddant deteriorem. Unde quæri solet, an Syndicus Universitatis, privatorum etiam lites procurare valeat? præsertim cum totam repræsentet Universitatem *d. l. 1. quod cujusque univer.* Et puto posse: quando non ut Syndicus agit aut defendit, nec totam universitatem repræsentat, sed interveniat ut procurator privati. Extra sui namque fines officii nihil aliud est; quàm persona privata: *Dec. in l. factum, 170. de reg. jur. Panor. Dec. in c. si quando, de offi. deleg. sext. in l. procuratio, de jurisd. Card. in cle. 1. §. fin. de cel. miss.* nisi aliunde, gratiâ ejus aut potentia ostendatur nimis esse formidolosa *tot. tit. C. Ne liceat potent. cum sequent.* Nec id novum est, propter diversos rerum ac personarum respectus, *l. sancimus de his quib. ut indig. Everhard in loci legal. in loco, de tanquam. seu de Respectivis.* Absens dari procurator potest, *l. 1. in fin. h. tit.* quia consensu constituitur. Quæ autem sunt illius generis, illa etiam inter absentes per nuntium aut epistolam rectè peraguntur: *l. 2. depos. l. 1. in fin. de contrah. empt.* dum tamen absens aut sciat se dari procuratorem, aut constitutionem habeat ratam, postquam scire cœpit: ut si mandato, literisque procurationis acceptis acquiescat, *fac. l. si procuratorem 65. h. t.* neque de dissensu suo protestetur. *Clement. 1. ubi Zab. de procur. Bart. in l. quo enim §. fin. ff. rem rat. hab. Ias. in l. qua die. nummus. 90. ff. solut. matrim. Felin. post Panor. in c. nonne, nu. 10. de præsumpt.* nam invitus, & qui dissentit, procurator dari nequit *l. si quis 38. §. 1. h. t.* Invitus autem is est, qui neque dicto nec facto aliquo præ se tert assensum. *l. filius famil. 8. ... ubi gl. h. t. l.*

bertiens 17. C. ex. vide Felin. in d. c. nomine Bart. & Iaf. in d. l. qua dotis. Dominus in re sua procurator dari nequit, quia tollitur relatio inter procuratorem & herum necessaria: nisi detur respectu juris, quod tertius in re sua habet. ut si debitor dominus rei oppignoratæ, à creditore detur procurator in causa hypothecaria. aut maritus ab uxore in causa docalitii, quod uxori in bonis mariti propriis constituitur, *l. licet 42. §. item 3. h. t.* Unius etiam litis plures esse procuratores possunt. *l. si quis 31. §. 1. h. t.* ita tamen ut in solidum, (quod non præsumitur, *Mynsing. obser. 47 cent. 1.*) aut saltem conjunctim omnes dentur. Nam per partes constituere procuratores non licet: ne in plures adversarios, altera pars cum incommodo distrahatur. *l. 3. famil. hercisc.* Verbi gratiâ, si ab aliquo petantur centum, non potest reus procuratores plures dare, quorum alius 20. alius 30. alius 50. defendat non deberi, *l. non tamen 38. hoc tit.* Is etiam qui reip. causâ absfuturus est, aut initurus Magistratum, aut qui perpetuo morbo tenetur, & denique omnis is, qui invitus judicium pati non cogitur, idoneus procurator non est, & repudiari potest. *l. 4. h. t.* Postremò sciendum est, conjunctas personas pro consanguineis, item maritum pro uxore, etiam sine mandato procuratores esse posse, dum tamen de rato caveant. *l. Pomponius 40. §. fin. h. t. l. maritus 21. C. eod.*

5\. *Materia ad quam requiratur procurator constitui posses vel non.*

Quod ad materiam attinet, eadem regula teneatur quæ supra tradita est: videlicet omnibus validè causis & negociis adhiberi procuratorem, nisi quid disertè exceptum sit, est enim hoc edictum Prohibitorium. *l. mutus 43. h. t.* Quodcunque igitur non invenitur prohibitum, id intelligi debet concessum, *l. cum prætor. 12. de jud.* Procurator ergo qui velut curator non personæ, sed rebus datur, *l. in copulandis. 8. c. de nupt.* aut omnium bonorum constitui potest, aut alicujus partis extra judicium, *l. 1. hoc tit.* veluti curator *in princ. Instit. de curat.* In judicio verò aut omnium litium, aut unius rectè procurator datur: totius tamen, non partis alicujus, *juxta d. l. non tamen 38. h. t. Mynsing. observat. 46. cent. 1.* Ab hac regula excipiuntur ex causæ, quæ per procuratorem agitari non possunt: ut sunt Judicia Publica, in quibus procurator alieno nomine non admittitur, neque ad agendum, neque ad defendendum: *l. pen. § si de pub. jud. l. 2. 3. & 5. C. de his qui accusa. poss.* item non Publica, quæ tamen Criminalia sunt, & ejusmodi, ut pœna supra relegationem damnatis queat imponi, *l. 1. An per al. causa ap. Dd. in d. l. penul. § ad crimen latè Marant. in Spec. part. 4. dist. 1 num. 35. in præll.* Quod tamen limitant Dd. nisi pro absente reo non principalis, sed absentiæ causâ defendatur: *l. absens. 71. h. t. Bart. post gloss. & Dd. in l. 1. C. An per al. causa app. latè Marant. in Spec. aur. par. 4. dist. 1. num 42.* aut nisi quis suam suorumque injuriam persequatur. *Bart. in d. l. licet. 42. in princ. h. t. Mar. præall. loco num 4. de quo tamen vide l. non ... 45. §. 1 h. t. c. sua, de procur.* aut actio criminalis civiliter sit instituta, puta ad pœnam pecuniariam: sicut de criminibus omnibus aut criminaliter aut civiliter agi potest. *l. fin. C. quando civil. act. præjud. crimin. Bart in l. 1 & 2 de priva. delict.* Et hæc quidem jure civili tradentia sunt. Moribus autem nostris, a parte accusatoris indistinctè procurator admittitur, sive agat criminaliter, sive civiliter: quia lege patria accusator non item tenetur ad pœnam talionis, velut juribus nostris: sed tantum sumptus præstat & mulctam pecuniariam, si in accusando defecerit. *ut tradit. Christian in 47. Fach. diff. 41 Raubar. diff. 38. parnal. per art 68 lib. 1. & art. . lib. 2.* ut nulla causa sit, quamobrem procurator non sit admittendus. Sed an in judiciis famosis procurator jure civili recipietur? non enim videtur, quia capitalibus hæc comparantur, *l. inst. ubi glo. de ... gl in § suspectus ad verb. ob culpam: instit. de susp. tutor. latiss. Iaf. in rubr ... num. 178. de jurejur.* eoque J. C. in accusatione Suspecti tutoris, quæ famosa, nimirum ob dolum, esse potest, *§. suspectus ubi doct. Instit. de suspect. tut.* procuratorem non facile putat admittendum. *l. non solum 39. §. fin. h. t.* & in causa Injuriarum lex prohibet admitti, nisi personæ illustres litigent, *l. si C. de injur.* At contra Paulus, *in l. licet 42. h. t.* Injuriarum actione, quæ ex lege Cornelia descendit, procuratorem admittit. & supra *ad tit. de his qui not. infam.* dictum est, aliquem alieno nomine de causa famosa posse damnari: puta procuratorio, tutorio, &c. *l. furti 6. § si quis aliena. sup. de his qui not. infam.* Ex quo intelligi licet, in his judiciis alieno nomine judicium haud penè erant suscipi. Sed hæc, distinctione superiore adhibita, ritè conciliantur. Nam ubi certa pœna famosis actionibus præstituta est, aut certa pœna petitur, quæ minor sit relegatione, hic procurator recipitur. *in d. l. licet.* Quando autem pœna arbitraria est, sicut cum de suspecto tutore quæritur aut cum agitur actione Injuriarum Prætoria, & incerta pœna postulatur: procurator repudiari debet. *Marant. de jud. part. 4. dist. 1 num. 24. & 37.* Nam arbitraria coercitio, pro ratione circumstantiarum augeri potest & minui, & etiam usque ad pœnam mortis extendi: ut est communis conclusio in *l. sacrilegii. ad l. Iul. peccul. per gloss & Dd in § ... verò extraordinaria. Instit. de injur. l. 1. de extr. crimi. vide infr. de acq. rer. domin. 7. in fin. item vid. hac de re latissimè Marant. in d. p. 4. & in Spe. aur par. 4. dist. 1. n. 53. Bald. in c. 1 § ... de pact. jur. fir. Bart in l. fin. ubi pup. educ.* Quare non mirandum est, si in his procuratori non sit locus. Nec verò huic distinctioni adversatur quod supra dictum est, causam famosam capitali comparari. Etenim hoc non simpliciter verum est, sed secundum quid, puta in delatione juramenti, & consimilibus. In hac certè quæstione non obtinet: an enim procurator admittendus sit, non gravitate & qualitate causæ æstimamus, sed qualitate pœnæ quæ ex condemnatione sequitur, & est ejusmodi, ut procuratori imponi aut possit, aut non possit. Jure tamen Saxonum, injuriarum causâ procuratorem ab utraque parte indistinctè recipit: quia lege patria injuriarum pœna non est arbitraria, sed pecuniaria: & quidem certa, videlicet 30. solidorum, *vide tit. de injur.* In popularibus causis an procurator recipiatur, distingui solet: ut actor quidem eum dare non possit, quoniam publica, non sua causa est, nisi suam principaliter injuriam persequatur: pro reo autem alius rectè interveniat: quia privatâ causam, hoc est, pecuniariam, quæ istis actionibus peti solet, tuetur, *l. licet. 42. in princ. l. non cogendum. 45 § qui ita. 1. h. t. l. 5 de popularibus act.* In interdicto de Liberis exhibendis, procurator non admittitur ex parte agentis: non quòd actio criminalis sit, sed quia personalis. Datur enim soli patri, quando in id agatur, ut abducere liberos liceat: quod jus solius est patriæ potestatis. His igitur causis exceptis, in omnibus aliquis procurator admittetur utraque parte, *l. mutus. 43 h. t.* tam pecuniariis *l. fin. C. eod.* quam liberalibus. *l. servum. 33 § cum l. sed & hæ. 35. §. 1 h. t.* nec interest, utrum ad litem Futuram, an præsentem & inchoatam: *l. 3. l. qui proprio. 40. h. t. l. nihil. 20. C. eod.* utrum in Prima instantia, an in Secunda detur. *l. 2. l. invitus. 17. C. eod.*

6\. *Forma: quomodo, & quam varie constituatur procurator, deque ejus potestatione & insinuatione procuratoris.*

Quod ad formam constitutionis attinet, procuratorem consensu præfici, supradictum est. Constituitur autem consensu vel expresso, vel Tacito. Expresso, velut per pactum, *in l. 1. l. sed hæ 35. h. t.* nuncium, literas, *l. 1. in fin. cum l. seq. h. t. iunc. l. 2. de pact. & d. l. infr. mandati,* ratihabitionem. *l. in causa. 17. l. licet. 41. h. t. Mynsing. observa. 44 Cent. 1.* Tacito, ut cum dominus præsens alterum patitur suam agere causam: *l. qui patitur 18. infr. mandat.* aut quando mulier permittit marito suorum negotiorum curam: *l. maritus. 21. C. de procurat.* aut quoties procurator datus, mandati jussum vel literas recipit, neque contradicit: *Clemen 1. de procurat. l. si procuratorem. 65. h. t.* vel cùm instrumenta causæ principalis, hoc est, quibus causa instrui ac probari potest, traduntur, *l. si mulier. 12. ubi Bald num n. C. de pact. convent. Kirchoving 643. incip. per productionem. & consil. 446 in fin. Andreas Sicul. late in cap. coram. in princ. de offic. deleg. & Alc. in tract. præsumpt. reg. 1 præsump. 33. nu. 4.* Constituitur autem procurator tam Præsens & coram, quam Absens (ut dictum est) per epistolam vel nuncium. *l. 1. & 2. § 5. & 6. l. servum. 33. hoc tit. l. 1 ff. mandat.* item vel in præsens (hoc est, ut statim gerat officium) vel in diem, ut post calendas Junii vel ad diem, *l. 3 h. t. Spec. de procurat. § ... numer 23.* ut usque ad annum. vel sub Conditione, *l. 3. h. t.* ut si Titius litem moverit. Potest etiam præfici vel Generaliter ad omnia negocia, vel specialiter ad certam causam: *l. mandato 60. h. t. c. qui generaliter. 5. in princ. eo. lib. 6.* item cum clausula Cum libera, hoc est, adjecta potestate plena: & libera pro domino agendi, faciendi, administrandi, ea omnia, quæcunque, causa dominus ipse agere facere coram posset. *d. l. mandato l. procurator 63. h. t. c. 4 § 4 eod. lib. 6. Bart in l. credit. ... in l. Lucius. ff mand. & l. procurator. 58. h. t. in l. 3 §. si eo ... oper. n. nunc. in l. 2. ad Trebell. glo in cap. petitio ... part. de arbit. per text. in c. cum contingat de transact. in cap. unum, delilat. de re ig. domib. & l. 1. de off. procurat. Cæsar. Bald. in l. si procurator. C de procurator. & in c 1. §. nominatio in fin. de pace Constant. ubi tradunt. quomodo procurat. cum libera constituatur.* Procurator item vel in judicio, vel extra judicium constituitur. In judicio quidem ex parte agentis, si dominus mandatum actis insinuet, hoc est, literas mandati offerat judici, aut mittat, ad acta redigi curet: aut si ipse coram judice procuratorem eligat, ejusque personam confirmet, & se ratum habiturum quicquid ille gesserit, polliceatur & caveat. *§ fin autem Instit. de satisdat.* Nam hæc promissio de ratihabitione, in omni mandato & constitutione procuratoris est necessaria, *l. si procuratorem. 65 (ubi Bart & Dd.) h. t. Specul. tit. de procuratore. § ratione forma num. 18. & 19.* Extra judicium verò constituere procuratorem actor potest, aut coram notario & testibus: aut si is haberi nequit, literis privatis, vel (quod firmius est) publico sigillo confirmatis *d. l. si procurator. 55. ubi Bart. numer 3. Specul. præalleg. loc. num 8. ... per l pupillo. 9. fin. de pign.* Et hoc casu, quando lite de mandato constet, non cogitur procurator cavere

[illegible] ratum dominum habituram. Ubi namque mandatum certum est, ratihabitio nunquam est necessaria, *l. unic. C. de satisd. l. 1 ubi Dd. C. eod.* nisi defensionis forte nomine, *l. servum 33 aut praetor hoc. unde in fin. hujus tit. de defens.* Quod si porro nullum omnino exhibere mandatum potest, tunc ne offerens quidem cautionem, invito adversario, nisi pro conjuncta persona recipitur. *l. sed & hae 35. l. 1 & exigendi. 12. l. maritus 21. C. eod.* Sin autem procurator dubitetur, utrum quis mandatum habeat an non, hoc casu cum cautione de Rato admittitur *§ si vero in personam Instit. de satisd. Cujac. observ. lib. 7. cap. 26.* ut si proferat in Judicio mandatum aliqua ex parte mutilum, aut non sufficiens. *ita communiter distinguunt gl. & Dd. ind. l. 1 C. eod. & in c. 1 ubi glo. ad verb. partitorib. eae. eod. gloss. in l. non solum. 39 qui absente ad verb. debet. hoc tit. Specul. de procur. 1. numer. 31. per l. si autem. de negoc. gest. Chil. in pract. 12. numer. 2.* Moribus tamen patriis uno casu in l. huctae procurator satisdare cogitur, non quidem de Rato, sed de expensis & Reconventione: videlicet si principalis Actor, bona immobilia in loco judicii non possideat. *ut tradit. Chil. in d. pract. cap. 47.* Procurator autem rei eodem modo aut in judicio aut extra judicium constituitur, sed adhibita satisdatione Judicatum solvi: *l. judicatum. 6. ff. jud. solvi.* eoque nomine hypothecam suorum bonorum supponere pignori reus debet. *l. qui proprio 46 hoc tit. §. sin autem. Instit. de satisd.* Quod si ipse principalis hanc satisdationem non praestiterit, ad eam indistincte compellitur procurator: nec ante recipitur, quam caveat de Judicato solvendo, *l. unic. C. de satisd.* etiamsi apud acta fuerit constitutus. *ut recte Spec. de procur. § ratione num. 4.* Nec enim recte cautum esset adversario de executione, si neque a domino, nec a procuratore ejusmodi satisdatio praestaretur. Unde nata regula, Neminem in re aliena defensorem fore justum, qui non satisdet de Judicato solvendo, *l. qui proprio 46. & ibi Bart. in d. l. si procuratorem 65. num. 1 ubi addit etiam si mandatum habeat idoneum procurator, tamen ad hanc cautionem teneri nisi dominus ipse satisdedit per l. unic. C. de satisd.* Sed haec cautio, moribus Saxonum neque a domino, hoc est, reo principali, nec ab ejus procuratore peti praestarique solet, *ut Chil. pract. d. loco docet.* Itaque sufficit etiam a parte rei, vel mandatum idoneum exhibere, vel juxta distinctionem in actoris procuratore supra positam, caveri de rato.

7. Forma probandi mandatum procuratorium.

Porro quod ad formam instrumenti procuratorii attinet, continere illud debet nomen constituentis, & procuratoris constituti. item contra quem, in qua causa, coram quo judice, & ad quos actus procurator eligatur. *Spec. in d. § ratione num. 1. per c. accedens c. constitutus ex eod. d. l. si procuratorem 65. h. t.* Solent item praecipui actus exprimi: puta ad agendum, offerendum, aut recipiendum libellum, excipiendum, litem contestandum, producendum testes, audiendum sententiam. *Spec. in d. § ratione num. 7.* &c. Et quoniam non nulla sunt, quae speciale mandatum requirunt, nec in generali comprehenduntur, *c. 4 in princ. & c. 5. de procur. lib. 6.* ut juramentum deferre, referre, praestare, *l. jusjurandum. 18. §. si de jurejur.* transigere, pacisci, petere in integrum restitutionem & similia: *d. c. 4 in fin.* ideo qui plenum liberumque dare vult mandatum, aliqua horum in instrumento ut exprimat, necesse est: puta, Concedo potestatem jusjurandi deferendi, &c. ac postea subjiciendo generalis clausula. Et omnia reliqua agendi, quae ipse dominus praesens agere & facere possem, *ut traditur in d. c. 4 eod. lib. 6. unde desumpta forma Spec. in d. l. de procur. ... autem. per tot.* Illud quam secundum est, in omni instrumento procuratorio inserendam esse clausulam, ratum habere quicquid procurator gesserit. *d. l. procuratorem 65. ubi Bart.* hoc tamen sufficere ita posse: Quicquid legitime gestum fuerit, nam dominus semper cavillari posset, non legitime gestum esse. *ut recte Spec. in d. § ratione. num. 4.* Item annum & diem constitutionis instrumento inserendum. *Spec. in d. § ratione num. 15. per c. fin. de procur. c. post [illegible] de probat. tot. tit. in Auth. ut nomen Imper.* & aliquo [illegible] publico vel privato, illud signandum: *d. l. procuratorem.* ut in summa stylum illius curiae, ubi procurator [illegible] quatur, servandum est. *l. semper 34. l. contra. lus 13. de reg. jur. l. [illegible] fundus. 6. de evictio. Spec. pract. loc.* Nihil vero interesse, utrum instrumentum procuratoris constituatur in prima persona, [illegible] talem constituo, an in tertia: ut, Titius constituit. *Spec. in d. § ratione num. 15 & in §. ut autem num. 7. per C. dudum. de electione. conjug.* &c. Item utrum verbis praeteritis an praesentibus. *Spec. pract. loc. num. 7.* Quod ad probationem vero procuratoris mandati attinet, probatur illud aut Instrumentis, aut Testibus, aut Praesumptione. Instrumentis, vel Publicis, vel Privatis: *pastor c. 9. ex eod. l. si procura. 65. h. t.* ut enim per acta publica aut instrumentum a notario, vel domino confectum de mandato docetur, *§. fin. autem Instit. de fideid. d. l. si proc. 65.* Testibus, ut quando nuncupatus procurator coram duobus aut pluribus, qui postea testimonium de mandato perhibent, *Bart. in d. l. si proc. 65. num. 3. Spec. de proc. § ratione, num. 13.* Cum enim mandatum, quo procurator constituitur, solo consensu contrahatur, verbis [illegible]

lis: *Instit. de obligat. ex cons. in princ. ad verb. mand.* & nudis verbis, hoc est, absque stipulatione: *Paul. lib. 1. tit. 3. § proc. Instit. de his per quos ager. poss.* sequens est, sicut geri coram testibus hic contractus potest, ita & posse per testes probari, *l. cum instrumentis. 27. l. non idcirco, 2. C. de fide instrum. l. pactis. 17. C. de pact. l. 4. de pig. cum simil.* Praesumptione probatur mandatum ex conjunctione sanguinis: *l. sed & hae. 35. hoc tit. l. maritum, 21. C. eod.* item si constet dominum esse praesentem, atque contradicere procuratori agenti: *l. qui patitur, 18 mand.* si proferantur instrumenta principalis negotii, quae nemo sine mandato alienus cessurus praesumitur. *Bald. in l. si mulier 11. num. 2. de pollicit. Canon. in [illegible] coram de offic. del. Roma. fin. 643. & cons. 446. Alc. in tract. praesump. reg. 1. praes. 33. num. 4.*

8. Finis & effectus: & de officio et potestate procuratoris, constitutorum, & absentibus quo necessitate tenentur.

Finis procuratorii mandati est: ut quia rebus ipsi suis interdum domini superesse vel nolunt, vel nequeunt, eorum negocia per alios ad id idoneos, expediantur. *l. 1. in fin. hoc tit.* Procurator datur aut ad Agendum, aut ad Administrandum: & vel ad lites Omnes, vel ad Speciem unam, *l. 1. § 1. h. t.* Cujus rei utilitas, & publice, & privatim latissime patet. Unde J.C. inquit: Etiam publice interesse, ut absentes defendantur, *l. servum 33. §. publice, hoc tit. l. 4. § 1. de act. & § 1. Instit. de oblig. quae ex quasi contract.* Effectus autem suscepti mandati procuratorii hic est, ut qui susceperit, etiam invitus absolvere & exequi mandatum authoritate magistratus cogatur. Praetor enim se coacturum edicit: *l. filiusfamilias, 8. § fin. l. sed & hae. 35. fin. hoc tit.* nisi videlicet justissima causa excusare se procurator possit: puta ob valetudinem, aut necessariam peregrinationem, aut inimicitias, quae postea inter dominum & ipsum sunt exortae, aut munus publice impositum, aut alias occupationes, quae derepente incident, & a quibus procurator non nisi cum suo damno queat abesse. Nec enim aequum est, procuratorem ad id compelli, ut suis neglectis, aliena providere atque persequi cogatur: *d. l. filiusfamilias, 8 § fin. cum tribus ll. seqq. h. t.* ne suum ei officium sit damnosum, *l. sed si quis, 7. in princ. ff. quemadmodum testa. aperiant.* Procurator autem, qui vel sponte vel coactus suscepit negocium demandatum, & tractare incipit, ipsa tractatione, postquam res desiit esse integra, fit dominus negocii, tam extra judicium, *l. unic. fin. de constit. pec. Bar. in l. 1 num. 5. C. de senten. & interloc. per l. stipulatio ista. § si quis insulam de verbor. obligat. l. 1. ne stipul. servo.* quam in judicio. Unde receptum est, procuratorem post litis contestationem, litis dominum appellari, *l. procuratoribus, 22. l. nulla 23. C. eod. l. 4. § fin. de appell. c. 2. § 1. eod. in 6.* Quare litem ante contestatam, quamvis procuratorem constituere nequit, quia dominus nondum est, *ut traditur in l. licet 11. C. eo* quia occlusit: *l. amplius, rem rat. hab.* tamen post eam contestatam suo arbitrio substituere potest, *d. l. nulla, l. f. 4 § fin. l. neque, 12. C. eod. Mynsing. observ. 41. centur. 1.* & omnia gerere, facere, ex bona tamen fide, *l. sed & hae. 35 § 2 l. qui propria. 46. procurator. hoc tit. l. si fidejussor. 29. mandat.* quae dominus facere posset, *c. 1. ut lite non contestata.* Nam nec melior nec deterior est procuratoris conditio, quam domini. *l. sed & hae 35. § defendere l. non, alium, 39. hoc tit.* in causa videlicet sibi mandata, in qua ejus factum domino nocet & prodest. *c. 1. & 2. de confess. in 6. l. 1. § fin. quand. appell. l. 1. ubi Salic. C. eo.* non etiam si quid extra fines mandati gerat vel committat: *l. in causa 27 hoc tit. l. si procura. 10. C. eod. c. cum ed. in, 32. de offic. deleg. Inst. post. Bart. in l. unic. § si procur. num. 7. & 8. si quis jus. dicen. Panor. Felin. Socin. c. ut lit. non contest.* Itidem dominus quoque sententiae tenetur, puta se defendere. Nam & hoc procurator a bonis facere debet, etiamsi ejus rei mandatum non habeat, *l. servum 33 fin. l. invitum 43 § pen. l. pen. hoc tit. l. 3. C. eod.* Atque procuratoris persona eadem esse cum domini persona fingitur, *l. si procurator. 25. ubi glo. fin. ad verb. absolvit. de dolo mali except.* quamquam alienare, vel innovare, vel transigere nequeat, nisi sit procurator cum libera: *l. procurator, tam 16. C. eod. l. procur. 63 l. procu. 58. l. sed & id 9 l. mand. 60. hoc tit.* multo vero ne dominus etiam cum libera constitutus donare, *l. pallium, C. de pro. ubi dd.* Aliquando procuratoris etiam potior habetur ratio quam domini, scilicet quoad lis durat. Nam citationes omnes dirigendae sunt ad procuratorem, non ad dominum, *l. 3. C. de sent. & interloc.* & omnes [illegible] litis judicati, libello, non a domino sunt exigendi, *d. c. 1. ut lite non contest. c. 4. & 5. de renunciatione* atque ipsa adeo sententia est in procuratorem, quamquam judicati actio in quasi defensorem nunquam detur, *l. si procurator 28 in fin. h. t. Cujac. ad Paul. lib. 1 tit. 3. l. non in dominum proferenda. d. l. 3. C. de sent. ubi hoc gloss. Bart. & alii disputat. l. si quis 31. hoc tit. l. liberto. fin. de negot. gest. Canon. in c. querelam de elect.* Quod tamen intelligendum est de his, in quibus executio sententiae perinde fieri potest in procuratorem ac in dominum, ut in civilibus & pecuniariis causis. Secus est in iis, in quibus executio fieri nequit in procuratorem, ut in criminalibus, matrimonialibus, & id genus aliis, *l. fin. ne sit. ubi gloss. C. de adm. gl. Bald. & Dd. in l. nihil 10. C. eod. & in l. 1. de, em.* Ad effectum obligationis procuratoris pertinent transactiones, quae illum utroque domino & pro-

procuratori datur. Nam actio, proprie est obligationis effectus, *l. licet, 42. § ea r. ubi Dd. hoc notant. hoc tit.* Hæc igitur obligatio, quæ inter dominum & procuratorem consistit, Mandati actionem parit: *d. l. licet § ea* quam dominus in procuratorem ex variis causis intentare potest. Ut si procurator susceptum negocium exequi nolit: *l. filiusfamil. 8. § sed etsi hoc tit. vel. l. si procuratorem, 8. § sed etsi mand.* si in officio aliquid detrimenti per dolum aut negligentiam intulit: *l. si quis 38. §. si quis 7. de poenis.* si per injuriam aut collusionem adversarium absolvi passus sit. *d. l. si procurat. 8. §. sed etsi.* item ut rationem omnium, quæ ex mandato & gestu consecutus est, sive juste consecutus sit, sive injuste, *l. qui proprio. 40. § procur. ab hoc* reddat, quæsitasque cedat actiones. *d. l. si procura 8. § fin. cum ll. seqq. ff. manda.* Sed an sine successione de gestu procuratoris actiones adversus tertium domino dabuntur (J. C. quidem ait per procuratorem retineri potius actiones quam acquiri *l. per procuratorem 72. hoc tit.* sed æquius est & verius. Utiles saltem actiones domino contra tertium suppeditari, quando in rem ejus contractum sit, & ipse quodammodo contraxisse videatur, qui per alium contraxit, *l. in causa 27. § fin. l. si procuratorem, 23. l. quod procur. 68. hoc tit. l. Julianus, 14. § si procurat. de actio empt.* Quare quod J. C. dicit retineri, non acquiri actiones per procuratorem: de directis, non etiam de utilibus videtur intelligendum. Econtrario procuratori datur in dominum ex mandato actio non quidem Directa, quia non est par ejus causa cum domino, sed Contraria: *d. l. licet 42. § ea l. qui proprio, 46. § idem hoc tit.* ut si quid præstitit ex mandato, nomine domini id consequatur, *l. si quis 31. d. l. qui proprio § procurat. & § penult. hoc tit.* Æquum est enim impendia restitui, *l. actoris. 30. d. l. qui proprio, § penultim l. si quis 31. hoc tit. l. qui mutuam. 56. § fin. ff. mandat* siquidem bona fide expendit: Nam si quid profuse & non necessario consumpsit, vel a judice propter delictum mulctatus est, ejus sumptus in hoc Contrario judicio non habetur ratio, *d. l. qui proprio. 46. § proc. 4.* Si quid tamen extra mandatum impendat in utilitatem domini, quod etiam ipse dominus verisimiliter impensurus fuisset, potest id repetere: non quidem Mandati actione (quoniam ejus rei mandatum non habuit, sed negotiorum gestorum, *l. si quis 41. d. l. qui proprio § procur. 4. in fin. hoc tit.* Æquum est enim, nusquam illi officium esse damnosum, *l. sed si quis 7. quemadmodum test. aperta.* Quin & retentione quæsitarum rerum, procurator uti potest: nec ante rationes reddere tenetur, quam illi plane sit a domino satisfactum. *l. qua omnia, 25. in fin. cum l. seq. hoc tit.* Quod si dominus solvendo non sit, licite petit & illud actoris procurator, ut ex re judicata sibi satisfiat, *l. actoris 30. hoc tit.* Atque etiam non modo adversus dominum, sed etiam contra substitutum, item eos quibus cum contraxit, recte quivis procurator agit, *d. l. si procuratorem. & l. si quis 7 mandat.* Quod autem de impendiis dictum est, idem & in salario obtinet, ut videlicet casibus ubi debetur. *l. salarium. 7. cum ll. seqq. l. qui mutuam, 56. § fi. ff. mandat. l. salarium 17. C. mand. vide l. sumptus 53. de pact. §. fin. Instit. de mand.*

9. *De interpretatione procuratorii.*

Jam de interpretatione hujus constitutionis, contractusque procuratorii, regulas quasdam percenseamus. Procurator constitutus ad prosequendum judicium Petitorium, videtur etiam constitui ad exercenda judicia Præparatoria & Possessoria, etiamsi aliud mandatum non habeat, *text. in l. ad rem 56. l. ad legatum, 62. hoc tit.* Nam cum aliquid mandatur, omnia intelliguntur injungi, sine quibus commode ad exitum res mandata perduci nequit, *l. 1. de jurisdict. omn. jud. l. 2. & l. fin. de offic. ejus, cui manda. est jurisdict.* Sic in Duplicibus judiciis datus procurator ad agendum, videtur etiam datus ad defendendum, ex horum judiciorum natura. *l. si defunctus. 15. in fin. hoc tit.* in aliis etsi ad defendendum mandatum habere non intelligatur, tamen defendere debet, *l. servum 33. § fin. l. penul. hoc tit.* Procurator autem ad agendum datus intelligitur dari sine præfinitione temporis: scilicet ut pro suo arbitratu aut statim agat, aut ex intervallo, cum erit opportunum, *l. qui procuratorem. 57 hoc tit.* Quare & ad duas res petendas subjectus, potest unam statim petere, alteram ex intervallo, *d. l. fin. hoc tit.* Procurator omnibus causis præpositus, intelligitur etiam datus futuris, *ut vult Specul. tot. tit. de procurat. §. ratione forma numer. 8. & § per l. fin. de pignor. l. fin. C. quæ res pig. oblig. poss.* non tamen criminalibus, *ut recte eodem Speculator. numero 8.* In nullum namque mandatum, quamlibet generale, criminalia veniunt, multo vero minus ipsum criminum mandatum intelligitur, *l. creditor. 60. § penultim. manda.* aut facta donandi potestas, *l. 4. C. de revocat. Dd. in l. factum 22. C. de pact. l. prases. 11. C. de transact.* Cum procuratores plures simul dantur, in solidum dari non intelliguntur: sed pro parte tantum, hoc est, ut alter sine altero agere non possit, nisi fuerit aliter cautum, *c. si duo 6. ext. de procuratoribus. lib. 6. Alyasing. observat. 47. cent. 1.* Si procurator & mandatum generale & speciale habeat, aut duo diversa mandata: siquidem diversis temporibus sint data, posterius derogabit priori, *juxta reg. l. pacta novissima. C. de pact.* Si vero eodem sit tempore utrumque, id, quod specialius est, anteferetur generali, *d. c. non injuste de procurat. Specul. de tit. de procurat. § ratione forma, numer. 15.* Illud etiam dubitari potest, si quid obscuritatis sit in mandato, pro utro facienda sit interpretatio. Nam quidam existimant dominum qui mandatum dedit, posse pro suo commodo atque arbitrio interpretari, *Specul. in d. §. ratione forma, numer. 11. per l. fin. C. de ll. l. in prætoris. 9. de prætor. stipulat. cum similibus.* Alii contra statuunt interpretationem a procuratore contra dominum esse faciendam: quia imputandum huic est, quod legem instrumento non dixerit apertius, *juxta reg. l. veteribus. 39. de pactis, l. Labeo. 2. de contrah. empt.* id quod verius esse videtur.

10. *Affinitas.*

Affinitatem porro quandam cum procuratoribus, Advocati & Patroni causarum habere videntur: quod tamen secus est: Sunt enim horum officia multis modis distincta, *ut recte Bald. in l. cum oportet. 6. in princip. num. 16. C. de bon. quæ lib.* Id quod vel inde perspici potest, quod traditum est, illum sumptus, quæ quid ex patrocinio quærit, sibi quærere, non patri tanquam peculium quasi castrense *l. fin. C. de inoffic. test.* Quod autem quærit ex procuratione, id non esse quasi peculium castrense: quia non est autoramentum alicujus doctrinæ vel ingenii, sed tantummodo quæstus communis negotiationis; & (ut loquitur Baldus, *in d. l. cum oportet.*) mercantiæ. Quare quo ad usumfructum, vult hæc patri acquiri. Et sane ita se res habet, ut procurator tantum communes operas, in tractanda, seu (ut nunc loquuntur) in sollicitanda causa præstet: patronus autem navet operam singularis doctrinæ, atque honestissimæ artis in causa aliena ex jure defendenda. Procurator velut administer administrat domino, patronus mentis causæ. Hic agit nomine litigatoris, quicquid hunc in causa facere oportet. Advocatus ex suo officio agit causam, & jus ejus ostendit ac defendit, velut miles justitiæ, jurisque tutor ac vindex. Ideo procuratoris officium ut privatum vilius habetur, ita ut a decurionibus, nobilibus, militibus exerceri non possit, *l. si quis decurio. 16. l. si quis procurat. 14. C. de decurio. l. 10.* Ad advocatorum officium publicum est, plerumque dignitatis aut maxime privilegiis honestatum, *l. laudabile cum seqq. C. de advoc. divers. judic. l. providendum, ubi Bald. & alii no. ant. ad verb. nobiliss. C. de postul. c. quia episcopus, in fi. in verbo, laudabilis artis. 3. qu. 3. Quia de re pluribus Dd. in l. quisquis, ubi gl. ad verb. honore suo. & in l. advocati. C. de postul. & in l. 1. C. de advoc. divers. judic. ubi advocati inter clarissimos recensentur.* Majorem autem affinitatem cum procuratoribus habent Notarii: quorum officium eadem ratione vilius censetur, ut a decurionibus exerceri non possit *l. 1. & 2. C. de tabell. & scrib. lib. 12.* quanquam notariorum officium magis est publicum. *c. quoniam ext. de prob. Doc. in l. 2. de reg. jur.* procuratorum, ut ante dictum est, privatum. Est etiam consimilis procuratori nuncius: unde & sæpenumero promiscue nuncii & procuratores appellantur. *c. causam 19. in fin. de testibus.* majorem tamen potestatem habet procurator, quia causæ dominus est: nuncius autem non est causæ dominus, sed nudus executor, vice cujusdam epistolæ, seu vocis sive organi & instrumenti, per quos dominus agit, *Speculator in d. tit. de proc. ubi numer. 5.* Maxime autem, & fere per omnia procuratoribus similes sunt, imo inter genera procuratorum recte numerantur Defensores, *l. Pompon. 40. §. 2. l. Plautius. 61. l. si procurat. 28. in fin. hoc tit. Cujac. ad Paul. lib. 1. tit. 2.* Cognitores, *Paul. libro 1. tit. 2. ubi Cujac.* item qui sine mandato ad alterius negocium gerendum accedit: qui extra judicium Negociorum gestor, in lite Voluntarius procurator appellatur *Paul. lib. 1. Cicero in Bruto vide Cujac. lib. observat. 10. cap. 23.* item Vindices, *Boet. in Topic. Cujac. lib. 3. cap. 29.* Syndici & Actores: de quibus paulo post opportunius dicetur.

11. *Contrariis & quomodo revocetur procurator quod ei obstet possit.*

Et hæc hactenus de constitutione procuratoris dicta sufficiant: nunc contra quibus modis ea constitutio dissolvatur aut revocetur, & quid contra eam objici excipique possit, postremo est recensendum. Qua in parte revocanda in memoriam est regula sæpe tradita: Unumquodque eodem modo dissolvi quo colligatum est. *l. ab emptione 58. de pact. l. nihil tam naturale, de reg. jur. c. 1. ext. eod.* Ut igitur procurator mutuo consensu constituitur, ita & eodem consensu revocatur; *l. mutari 22. hoc tit.* Unius autem voluntate non semper, nec eodem modo solvi hæc obligatio potest. Quare distinctione res est explicanda. Dominus igitur ante litem contestatam revocare aut mutare procuratorem potest: *l. ante litem, 16. hoc tit.* quia res adhuc videtur integra, *l. 5. de jurisd.* Est autem in omnibus hoc mandatis translatitium, ut ante rei exceptionem dominus, cujus causa susceptum est, revocare mandatum possit, *recte Inst. de mand. l. si vero. 2. §. penult. l. si quid. 37. §. 1. inf. mandat.* Quare quamdiu res est integra, tam extra judicium, quam in judicio, procuratori inchoandi negocii potestas recte præripitur ac adimitur. Postquam vero res cœpta est non tam facile revocatio conceditur, ne videlicet [illegible] afficiatur,

[illegible] *Inst. de mand.* Itaque post litem contestatam, qua res integra desiit esse, *videndum Bald. c. paenum 30. de jud. in l. s. § ex contrario 18. cum l. seq. de jurisd. l. si cum 28 §. eo autem tempore ff. solut. matrim.* dominus non nisi ex justis causis revocare mandatum potest, *l. post litem 17. h. t.* Justæ autem causæ sunt, ætas procuratoris, minus apta negotiis: item valetudo, occupationes, & reliqua impedimenta, quibus dominus ita distringi procuratorem animadvertat, ut suis negotiis commode præesse nequeat *d. l. 1. cum multis ll. seqq. h. t.* item & suspiciones, propter quas probabiliter opinatur procuratorem suis rebus minus usilem affectumque esse: ut sunt inimicitiæ, item affinitates aut amicitiæ cum adversario contractæ, *l. vel omnibus c. cum multis ll seqq. h. t.* His autem ex causis mutatio facile dominum permittitur, quia procurator vix honeste se illi opponere potest: sit enim eo ipso suspectus, quod in rem alienam invito domino se ingerere velit: *l. qua omnia 25. h. t.* nisi forte justam habeat ejus rei causam: ut quia sumptus fecit, quia in rem suam datus est, *d. l. qua omnia §. fin. cum l. seq. l. procuratorem 55 h. t.* quia dominus partem solummodo negotii *l. in causa 27 h. t.* revocat: &c. E contrario quoque ex eisdem causis petere potest procurator, ut invito etiam domino hoc onere liberetur: puta si inimicitiæ ortæ sint, si valetudo, aut occupationes ejusmodi, profectione ive obvenerint, ut procurator non sit integrum susceptum onus exequi *l. filiumfamilias 8. § fin. cum multis ll. seqq. h. t.* Finitur etiam mandatum, finita instantia: videlicet lata sententia definitiva. Nec enim cogitur procurator in secunda instantia, hoc est, in judicio appellationis, operam suam præbere: *l. invitus 17. ubi Dd. C. eod.* cum in patriis sufficiat. rebus amici consuluisset: *l. tutori 10 C. de negot. gest.* nec ulterius gravandus procurator sit, quam quatenus negotium in se suscepit. Suscepit autem judicium, id quod per sententiam solvitur, *l. judex posteaquam 55 de re judic.* Solvitur igitur & ejus obligationem, ut & fidejussoris, *l. Græce 9. §. 1. ubi not. Bart. de fidejuss.* eodem tempore, par est. Sed & si dominus solvendo esse desierit, aut bona ejus a creditoribus possideantur, juste illi nuncium mittit procurator: ne forte in damnum incidat, cum domino non sit superfuturum, unde dependi sumptus refarciri possint, *l. sed & hæ 35. § fin h. t.* Quæ ratio in contrarium ita valet, ut ex sola fortunæ procuratoris mutatione ac calamitate, revocari vel tacite mandatum intelligatur, *l. cum quis 38. in princ. ubi Bart l. si cum Cornel. 81. ubi Bart. not. de solutio. Bald. in l. mandatum nu. 19. C. manda. Felin. in c. ex parte num. 2. de rescript. Cyn. & Fab. in l. fals. C. de furt.* Et his quidem modis inter vivos obligatio procuratoria dissolvitur: in quo tamen illud tenendum est, mutationem procuratoris in idem recidere cum revocatione: eademque in mutatione obtinere, quæ de revocatione diximus: *l. si quis 31. § fi. h. t.* & cum disceptatio hac de re inter dominum & procuratorem oritur, esse judicis, Summarie & de Plano hoc incidens negotium definire, *l. qua omnia 25. l. in causa 27 h. t.* Sed & morte alterutrius quandoque mandatum solvitur. Nam quodcunque voluntate, id etiam plerumque morte revocatur, quoniam hæc voluntas finitur, *l 4. in fin. locat.* Quocirca re integra mortuo domino, mandatum intelligitur: nec obligatus est hæredibus procurator, *l. si defunctus 15 h. tit. l. tutor 26 in prin. l. qui negotia 14. § fin. ff. mandati §. recte Inst. de mand. l. 5. ubi Dd. sup. de jurisdictione & in l. item functo de offic. assess.* E contrario quoque mortuo procuratore obligatio hæc commoritur, etiamsi res desierit esse integra *l. eam ex contrario lib. 17. de judic. l. si quis 27. §. qui suscepit ff. mand.* Nec enim ad hæredes transit, quod electa videtur personæ industriæ. *l. unic. §. ubi autem C. de caduc. toll.* Adversatur enim huic constitutioni Exceptiones, quæ pro curatoribus quoniam objiciuntur, à re vocantur Procuratoriæ, *l. itaque 48. l. qui procuratorem 57. h. t.* vel Dilatoriæ: quia opponuntur, non sicuti Peremptoriæ post litem contestatam, sed ut Dilatoriæ litis ante contestationem, *l. ubi damnum 13 ubi Dd C. de proc.* Sumuntur autem hujusmodi exceptiones partim a defectu Causæ efficientis, partim a Vitio materiæ, partim a defectu Formæ. Ratione causæ perficientis quæ deficiat, excipitur, si allegatur aut falsum esse mandatum aut dolo, vel errore vel metu expressum: item si opponatur aliquid aut personæ mandantis, aut mandatarii: ut si negetur constituens jus habuisse: puta quia non dominus, aut quia causa ad eum non pertinet, *l. neque C. eod. cum simil.* aut quia excommunicatus, *c. fin. ex eo.* his similibus, denique ejusmodi qui jus dandi nullum habeat. Item si objicitur procuratori causam eum non intelligere, nec commode tractare posse, *c. in personalibus, de procur. columna l. si actore 29 h. t. Spec. de proc. §. ratione igitur fin. nu. 31.* Item quod procurator esse nequeat, quia excommunicatus, *c. post cessionem 7 de probatio c. intellecto de jud. c. prudentiam §. 6. de off. deleg.* reus criminalis, *l. reum 6. C. eod.* eodem prorsus, *l. litem 13. C. eod. si contra 10. C. mandati l. si remunerandi 6. §. mariti ut ff. mandati.* clericus. *l. placet 29. de episc. & cler.* medicus aut alterius professionis artifex, qui ab hac functione avocato sit attentius, *ut vide Specul. in d. § fin*

nu. 35. denique ex eorum numero, quos supra diximus procuratoris officio fungi non posse. Qua tamen in parte distinguendum est, inter eos qui procuratores esse nequeunt, ex ea causa quod legitimam personam standi in judicio non habeant: sic est minor, *l. 1. & 2. C. qui legit. person. l. alterum 4. C. de authorit. præstan.* servus fœmina: *in d. tit. C. qui leg. person. standi l. alienam C. de procurat. & sup. dictum est nu. 4.* & inter illos, quibus quidem standi in judicio jus est, sed aliqua præscriptione, puta militiæ, dignitatis, &c. ab officio procuratorio rejici possunt. Nam contra hos, si nihil fuerit initio exceptum, valet judicium, nec post litem contestatam aliquid iis potest objici, *l. ita demum 13. C. eod. l. qui procuratorem 57 h. t.* Illis vero qui legitimam personam non habent, etsi nihil opponatur, tamen judicium inutilem reddunt, eoque in quacunque ejus parte (etiam post sententiam) vitium ostendi potest: illegitima enim persona, pro nulla est. Paria namque sunt non esse, vel non legitimo modo esse *§. secundum 3 Instit. de satisd. tut. l. quoties 5 qui satisd. cogan.* Quoties autem una ex tribus judicii personis deficit puta actor, judex, vel reus: toties nullum reddi judicium necesse est, *c. forma de verb. signif. judicium solvitur 58. de judiciis, ita recte & alii inter distinguunt Bartol. Bald. & communiter Dd. in l. filiusfamilias 8. § veterani. hoc tituli. Ponorm. & Cardin. in c. non invenit 14 ex eod.* Ex defectu materiæ sumuntur exceptiones, si vel talis causa agatur quæ procuratorem non admittit, ut Criminalis, Popularis: vel si causa aliud mandatum quam quod exhibetur, requirat: ut si generale mandatum exhibeatur in his, in quibus opus est speciali: *de quibus in c. qui ad agendum 6 eod. lib. 6* puta in causa restitutionis, *l. Pomponius fin. l. illud §. si talis de minor. c. a per tuas c. contra de restitut. in integ. Dd. communiter in l. uni C. etiam per procur. caus. in integ. rest. agi poss.* Matrimonii & Sponsaliorum, *c. & 2 de despons. impub. c. venientes qui cleric. vel. vovent.* Suspecti tutoris, *l. non solum 19. 3. fin. hoc tit.* Jurisjurandi, *l. jusjurandum 17 §. fin. h. t.* Transactionis, *c. contingit. de arbitr. l. mandato 60 hoc tit.* & aliis similibus, vide Specul. in tit. de procurat. §. ratione igitur fin. num. 4. cum multis seqq. Ex defectu formæ: si mandatum perhibeatur insufficiens, quod clausulas non habeat omnes: aut quod habeat inusitatas, aut quod fines mandati procurator excedat: *l. si procurator 10. C. eod. l. itaque 48 hoc tit. c. cum olim 32 de offic. deleg.* item si excipiatur mandatum non rite, aut plene, aut non satis clare conscriptum, aut non authentice sigillatum, *l. si qua 20 ubi Bald. C. de episc. & cler. c. 1 de peculat. c. ex eod. c. post cessionem de probat. cum simil.* aut non debita forma transmissum ad judicem vel adversarium: *juxta l. si procuratorem 65. hoc tit. & Spec. in d. § ratione autem forma in prin.* aut revocatum, vel aliqua in parte mutatum esse mutilatum quæ *l. ante 16. cum seqq. hoc tit. r. an nostra ex eod.* Et denique ex consideratione formæ & clausularum obligationis procuratoriæ, de quibus supra dictum est, variæ exceptiones pro re nata sumi possunt: quæ omnia hic iterum repetere, non est necesse. Nunc ergo ad alteram hujus tituli partem, quæ de Defensoribus inscribitur transgrediamur.

12. *De defensoribus, tractatio methodica.*

Defendere, est judicium Rei nomine suscipere, & eandem vicem obire, quam reus subiturus esset, *l. sed & hæ 35 §. defendere l. filiusfamilias in pr. l. minor 51. hoc t. l. recte 63. de judic.* Latius igitur patet appellatio Procuratoris, quam defensoris. Nam procurator tam est actoris, quam rei, & tam in judicio, quam extra judicium intervenire dicatur: defensor autem tantummodo in judicio appellatur is, qui est rei procurator, aut actoris quatenus reus, in reconventionem: & plerunque defensor dici solet, qui citra expressum mandatum ad defendendum venit. Defensores autem quidam Necessarii sunt quidam Spontanei. Nam alii necessario coguntur defendere: alii sponte & ultro, ad propugnandam amici causam accedunt, *l. liberto 31. §. item 10. de neg. gest. l. tutori C. eod. tit.* Necessario defendere coguntur, qui alieno nomine agunt, *l. servum 33 § pen. & fin. h. t.* Sit enim principalis dominus agens, non haberet excusationem reconventus, quin se defendere cogeretur: *l. 8. §. sed etsi agent. inf. de jud. l. cum Papinianus 14. C. de sent. et int. tit. ex. de mut. petit.* sic nec procurator habet, qui loco domini est, *l. non solum 25. §. 1. hoc tit.* Quare non solum is qui ex mandato agit, sed & conjuncta persona si agere velit, etiam defendere debebit, *l. sed & hæ 35. in princ. hoc tit. non solum 29. §. si de dote 3. hoc tit.* Quod tamen non obtinet in eo qui populari actione agit etiam alieno nomine: hoc est, eius cujus potissimum interest, hic enim non tam alienum, quam jus suum videtur persequi. *l. mutuis 4. §. in popularibus hoc tit.* Quare & idem dicendum est, si pater agat nomine filii, aut maritus pro uxore. Injuriarum actione: videntur enim suam potius injuriam, quam alienam prosequi, *d. l. non solum §. si pater 4 hoc tit.* sed & qui ab actione desistit, defendere non cogitur, *l. sed & hæ 35. § fin. hoc tit.* pœna enim non defendentis, hæc sola est, ut denegetur illi actio, *l. mutuus 43. §. pœna hoc tit.* Sunt & aliæ causæ propter quas defensio detrectari potest: *ut d. l. mutuus 43 §. fin cum ll. seqq. & in l. sed cum 33. in fin. cum ll. seqq.* videlicet

illas

illæ quæ à procuratione excuſant, de quibus ſupra eſt expoſitum. Sponte vero quilibet ad defendendum admittitur, dummodo perſonam ſtandi in judicio legitimam habeat. Quanquam enim ſine mandato, nemo procurator eſſe poteſt agentis, niſi conjuncta perſona (ut ſupra dictum eſt) tamen in defenſionibus aliud placuit, ut etiam extranei citra mandatum admittantur, quia cauſa defenſionis Privilegiata eſt: cum publice intereſſit, cunctos etiam ignorantes defendi: *d.l. ſervum 33. §. publice hoc t. l. 1 in fi. inf. tot tit* 1. ne videlicet ignari damnum ſentiant, nemine eos defendente *l. 1 §. fin. quod cujuſque univerſ.* Nam judicium in invitum & abſentem, ignorantemque redditur, *l. amor 83. §. 1. de verbor. obligat.* & bona non defenſa poſſideri poſſunt. *d. l. 1. §. fin. quod cujuſque univerſ. tot. tit. de bon. auth. jud. poſſ.* Diximus autem, admitti qui legitimam perſonam ſtandi in judicio habent. Nam reliqui, qui ad agendum non ſunt idonei, hi ne quidem ad defendendum ſeu excipiendum recipi debent, *l. 4. quam ad hoc notant Bart. Bald. & Salic. C. eod.* Ceterum invitus qui defendere cogitur, is omnium actionum quæ intentantur nomine, ſe ad defenſionem offerre debet: *l. omnimo 37. l. ſed & hi 35. l. non ſolum 39. h. t.* non tamen alio loco quam ubi agit. Iniquum enim eſſet, procuratorem ad aliam juriſdictionem trahi, quam ipſe agendo non agnoviſſet, *d. l. ſed & hi 35. §. 2. l. neque 54. h. t.* Alia porro eſt cauſa illius, qui ultro ad defendendum acceſſit: nec enim aliam ſubire cogitur defenſionem, quam quæ ab illo voluntariæ fuit ſuſcepta. *l. qui proprio 46. §. 1. hoc tit.* Defendere porro defenſor boni viri arbitratu debet. *l. penult. hoc tit.* nec videtur officio ſatisfacere, qui actorem fruſtrando, efficit ne lis ad exitum perducatur, *l. fin. hoc titul.* Debet autem defenſor & ſatiſdare, *d. l. ſed & hi 35. §. defendere hoc tit.* videlicet Judicatum ſolvi: *ut recte ibid. glo. & Dd.* non enim idonee rem tuetur alienam, niſi qui ejuſmodi ſatiſdationem præſtare paratus eſt. *l. non videtur 53. l. qui proprio 46. §. qui alienam 2. hoc titul.* Interdum etiam & rem ratam habiturum dominum cavere debet: ut eſt is, qui ſine mandato agit, nempe conjuncta perſona: item & is qui non agens, tamen citra mandatum ſe ad defenſionem offert. *l. Pomponius 40. §. h. t.* Nam qui cum mandato agit, cum vix credideram compelli poſſe, ut cautionem de Rato præſtet: cum mandatum habens ad agendum, tacite præpoſitus intelligatur & ad defendendum. *l. ad rem mobilem l. ſervum 33. §. ait prætor. ubi Dd. h. t.* Denique defenſor & judicium ex bona fide ſuſcipere, & omnia quæ dominus in judicio facturus erat, quæque diligentem procuratorem facere par eſt, obire debet, *d. l. ſed & hi 35. § prætor cum ll. ſeqq. hoc tit. l. liberto 31. §. item de neg. geſt.* de quibus quia ſupra ſatis eſt dictum, nihil attinet, eadem hic iterum commemorare.

O B S E R V A T A.

Ratio connexionis.

N. I. II. III. Ratio connexionis Autoris *h.* parum idonea eſt, *quia pro alio poſtulare & procuratorem agere, definitionibus differunt. Quamvis inter hæc ſit analogia quadam & ſimilitudo, quia utrumque circa aliena negotia verſatur.* Rectiùs hic agitur de procurator. quod & exceptio procuratoria pertineat *ad præparatoria judiciorum*, & de procuratorum conſtitutione agi ſoleat *in litem exordio.*

Procurat. dicitur ambiguè.

Procurator 1. *latiſſimè* dicitur qui *curat negotia aliena*, *arg. l. 3. §. 13. de tut. & rat. diſtr.* Sicque de negotiorum geſtore, perſonis conjunctis, defenſore ſine mandato (1. in ſpecie ſic dicto) & ejuſmodi aliis prædicatur, *arg. l. 24. de neg. geſt. l. 13. §. 12. de her. pet. l. 58. de ſolut. l. 22. §. 1. rem rat. hab.* 2. Reſtringitur procurator ad eum qui *aliena negotia curat, ſeu adminiſtrat mandato domini.* Et ſic dicitur iterum dupliciter 1. Latè, qui ſive ab actore ſive à reo *l. 8. h.* ſive in judicio ſive extra, mandatum habet, *l. 33. eod.* 2. *Strictè*, qui eſt *à parte actoris* in judicio, & Defenſori (ſine mandato) à parte rei opponitur. *l. 9. § 6. l. 34. §. 3. de jurej.*

Quæ hic negotia aliena

Negotia autem procuratorum ſunt vel *extrajudicialia*, aliàs *bona*, vel *judicialia*, ſeu *lites & actiones*, *l. 46. §. f. h.*

Quid administrare

Vox *adminiſtrare*, qua de *in l. 1. h.* quat. de procuratore prædicatur, accipitur dupliciter. 1. *latè*, & ſignificat officium procuratoris, ſive bonorum, ſive litis, *l. 1. l. 33. §. 1. h.* Quomodo differt procur. (qui plene adminiſtrat & litis com. dominus fit *l. 22. & ſeqq. C. h. t.*) ab advocato, qui illi litiganti adſiſtit. Vid. D. Frantz. *in comm. h. n. 1. & ſeqq.* 2. Strictè, & tum *adminiſtrare negotia*, per excellentiam ſignificat negotia extrajudicialia gerere, cui opponitur *agere*, quod prædicatur de judicialibus, *l. 43. pr. h. junct. l. 35. eod.*

Q. de procurat. cum libera.

In Diviſione procurat. ſolennis eſt & præcipua 1. quâ univerſ. bonorum, alius *generalis*, alius *cum libera*, 2. alius *in rem alienam*, alius *in rem ſuam.* In quibus A. nonnihil vacillare videtur. Quoad prius rectius ita docetur: Procurator ratione objecti alius eſt bonorum, alius litis, *d. l. 33. §. 1. h. t. l. 43. pr. eod.* Ille vel *generalis* eſt, *l. 58. l. 63. h. t.* vel *ſpecialis*, *l. 1. §. 1. h. t. l. 17. §. fin. de inventar.* Litis inde procurator vel generalis, ſive omniũ actionũ, vel ſpecialis, *l. 60. h. t.*

Synonyma procurat. omnium bonorum ex jur. civ.

Procurator *omnium bonorum* dicitur etiam *omnium rerum*, *totorum & univerſorum bonorum*, item cui *generaliter rerum ſive bonorum adminiſtratio commiſſa eſt*, *d. l. 1. §. 1. l. 58. l. 60. l. 63. h. t. l. 12. de pact. l. 61. de inſt. act. l. 7. de calumn.* Hunc autem procuratorem omnium bonorum Weſenb. *h.* cum Dd. minus rectè iterum dividit ex jure civili, in ſimplicem procuratorem omnium bonorum, & procuratorem cum libera (ſc. adminiſtratione,) quorum hic laxiorem habeat quam ille adminiſtrandi poteſtatem. Nullum enim jure civili hujus diſtinctionis eſt fundamentum, nulla utilitas. Et qui *l. 58. h.* & *l. 9. §. 4. de acqu. rer. dom.* dicitur procurator cui libera eſt adminiſtratio, is Synonymicè & explicationis gratia dicitur procurator omnium rerum in *l. 87. de ſolut. l. 1. § 1. h. t.* univerſorum bonorum in *l. 17. § fin. de invent.* omnium negotiorum, *l. 6. § 6. mandat. l. 69. §. 4. eod.* totorum bonorum *l. 63. h.* & plenum mandatum habens *d. l. 60.* Patet itaque quod procurator quem cum liberâ vocant, laxiorem jur. civ. non habeat poteſtatem quàm ſimplex omnium bonorum, contra quam ſentit *A. n. 8.* Nec officiunt leges ibi citatæ, quia nulla hoc probat: & *l. 16. C. h.* manifeſtè loquitur de procuratore ſpeciali. Ad cæteras reſpondit Giphan. in *l. 58. h.*

Procurat. alius eſt Jure can. cum libera

De jure autem Can. comm. id affirmari ſolet, per *c. 4. de procur. in 6.* ubi ſtatuitur, procuratorem generalem non agere poſſe ea, quæ ſpeciale mandatum exigunt, ſed requiri ut vel ſpecialiter ſint mandata, vel cum libera poteſtate. E. habere liberam agendi poteſtatem illo jure majus erit quàm habere mandatum generale, & par ſpeciali. Vide de illius effectu latiſſimè Botell. 1. *dec. 66. n. 241. & ſeqq.* & Barſchamp. *de clauſul. c. 6. §. 14.* Porro ratione finis procurator vel eſt in rem alienam, vel ſuam, *l. 33. § f. h. t.* cui addi poteſt intermedius, qui partim in rem ſuam ſit partim in rem alienam, *per l. 3. famil. erciſc. l. 1. §. 12. quand. appelland. ſit l. 9. C. ſi cert. pet.*

Quia proc. in rem ſuam Fit duobus modis.

In rem ſuam eſt, cui commiſſa aliena negotia *in proprium ſuum commodum* & utilitatem, *arg. d. l. 33. §. f. h. t.* Fit autem procurator in rem ſuam dupliciter 1. cum debitor creditorem ſuum ita facit procuratorem, ut quod hic exigit apud alium, ipſi credat creditori, *l. 4. C. h.* Sic dicitur procurator in rem ſuam is cui nomen in ſolutum datum, *l. 1. C. de O. & A.* qui nomen emit, *l. 8. C. de hered. vel act. vend. l. ult. §. 2. de cond. indeb.* emptor hæreditatis, *l. 34. l. 42. § 2. h. t. l. ult. de tranſact.* Legatarius cui nomen legatum, aut per fideicommiſſum datum *l. 70. h. t. §. 21. I. de legat.* 2. Fit etiam procurator in rem ſuam, cum quis eum à quo cauſam, & quem inde ſibi obligatum habet, dat procuratorem in rem ſuam, ut is periculo ſuo experiatur. Ut quando fidejuſſor reum principalem dat procuratorem, *d. l. 42. §. 2.* emptor in lite proprietatis vel evictionis, venditorem, *l. 66. §. 1. de evict.* creditor debitorem, ubi lis eſt de proprietate pignoris, maritus ſocerum aut uxorem: propter proprietatem rei in dotem datæ & acceptæ *l. 63. de re judic. l. 4. §. 3. & 4. de appell.* Conf. Bach. *h. & ad Tr. d. 9. th. 1. A. v. nec abſque* ubi rectè dicit, ſententiam Schraderi *de feud. p. 10.*

ſ. 18. c. 14

f.18.c.1.n.4.& 5. procuratorem in rem suam verè talem esse negantis simpliciter, haud concedendam. Add.not.*infr.h.n.de minorib.*

Caus. effic. procuratorum consensus constituentium.

N. IV. *Aut jussum judicis) Verùm jussus judicis causa effic. procuratorum non est, nisi per accidens, quatenus quis alias vel nullum potest habere, vel ob causam odiosam removetur procuratio.* Itaque efficiens proxima Procurat. rectius dicitur *consensus* domini *constituentis*, & procuratoris *constituti*, de gerendis alienis negotiis: qui hic quoad judicialia nihil aliud est quàm contractus mandati, *l.8. mandat. l.42.§.2.h.t.* Differt tamen tit.h.ab altero, quod noster sit de procuratione quæ per mandatum constituitur, præcipue judiciali, *l.1.§.2.l.3.l.8.12.14.15.h.* hic de mandato in genere; quodque quoddam mandatum sit de negotiis per procur. administrandis, non omne, sed hoc in sese & longè latius existat. Aliud etiam est id quod est, an eo per quod est. *Dependet ergo procuratio à principiis agentium & fontibus justitiæ,* in agendo & defendendo *servanda.* Adeo, ut procurator constitutus ad singularem actum illum excedere non possit. Exemplum est quod procurator solùm constitui possit ad ex exceptionem incompetentiæ opponendam, ut de procuratore Ducum B. & L. in causa Hild. refert Dn. Stuck. *p.1.conf.15.n.550. & incert. seqq.*

Qui dare poss. qui non.

Videndum autem hic inprimis, qui *dare* possint procuratorem, & qui *dari.* Inter illos non est *Filiusf.* Quod verum quoad judicium, quia agere nequit.

An proc. dare possit filiusf.

Excipiuntur itaque casus in quibus ipsi est experiundi *potestas,* ut 1. si peculium castrense habeat, *l.8. pr.h.t.* vel procul. adventitium plenum *arg.d.l.8. v.simili.* 2. injuriam sit passus, *l.9.de O. & A.* attamen sec. *l.5.§.6. junct. l.17.§ 10.& seq. de injur.* 3. Idem est in utilibus actionibus mandati, depositi, si nemo sit, qui patris nomine agat, *l.18.§.1.de jud. d.l.9.* quod juxta princ. justitiæ benignæ receptum. Conf. Giphan. *ad l.8. h.t.* Camill. Borell. *1.sum.decis.66.n.5.& seqq.*

An statu liber.

Diversæ conditionis sec. A. est *statu liber,* (qui sub conditione testamento liber esse jussus, seu secundum Festum, testamento certâ conditione propositâ, jubetur esse liber) quem censet, ubi de statu suo litigat, *ex l.33.§.1.h.t.* dare & dari posse procuratorem. Et, ut videtur, ipse hoc intelligit etiam de causa liberali, quâ cum eo de statu agitur. Verùm rectius Giph. *in d.l.33.§.1.* nutat, hoc non accipiendum de causâ status, sed *de aliis causis quibuslibet, ut ex contractu, ex dominio &c.* Nam litigans de statu, demum post litem de statu ordinatam, extra ordinem habetur pro libero *l.14.C.de liber. caus.* nec per seipsum poterat agere *l.1.C.de assert.toll.* E. nec dare in eâ procuratorem.

Minor an dari possit.

Ex iis qui nequeunt (*quoad judicium*) dari procuratores, primò est *Minor* ratione petitâ *ab absurdo & inconvenienti.* Redderetur enim judicium elusorium & non posset executioni mandari, quia is conventus de judicato solvendo restituitur, & adversus judicatum & cautionem à se præstitam de solvendo, nec non ipsius fidejussor, *l.3.§.4.de minor. l.13.eod. l.51.h.t. t.t.C.si advers. rem judic.* cum is habeat regressum adversus minorem, per actionem mandati contrariam, *quæ alioquin redundaret in minorem.* Vocatur autem hic minor qui nondum natus 25. annos, *l.f.C.de his qui ven.ætat.* Exceptio est, 1. si sit admissus, nec opposita ipsi exceptio, *l.12.ibi: non injustè potuit C.h.t. ubi Giphan.n.3.in fin* 2. si pro patre præstet procurationem *d.l.12.* 3. si mandato alicujus defendat, & dominus ipse præstet judicatum solvi, tum enim, quia non obligatur minor, exindeque nec restitutionem habet, nec potest repelli, *l.23.de minor.* Atque hæ exceptiones confirmant regulam in casibus non exceptis. Et probatur hæc sententia etiam jure Canonico, ad judicialia negotia nisi 25. annis majorem, non admittente, *per c. generaliter de procurat. in 6.* atque in praxi quotidie servatur. *Dissentiunt Giphan. *in d.l.51.n.9.h.t.* & veteres plerique, etiam minorem, modò major sit 17. annis, dari posse procuratorem ad lites opinatores, *per §.5.I.qu.& ex quib.caus. l.13. de manum.vind. & l.1.§.3.de postul.* Verùm *d.§.5.* & *l.13.* non loquuntur de procuratore litis, sed ad negotia. Argumentum verò ex *d.l.1.§.3.* qui potest postulare, is etiam procurare potest, propter separatam inter hæc naturam, nihil concludit.

Fœminæ.

Fœminæ quoque arcentur jure ordinario in judiciis, *arg.l.3.§.1.de neg.gest. l.7.§.1.de instit. act.* & respectu sui; quod pro alio non possint stare in judicio, *arg.l.18.C.h.t.* & respectu adversarii, *arg.l.32.§.2.de arbitr.* quia huic obligarentur per veram intercessionem, quod per litis contestationem mulieris procuratricis fieret delegatio, & ita aliena susciperetur obligatio, *l.11.§ 1.de novat.* Bachov. *h.in not.* Exceptio est secundum Wesenb. 1. quando *in rem suam* agit mulier, *l.4.C.h.* quam exceptionem inutilem, imò nullam dicit Bachov. *h.* quod hactenus non sit procuratrix. Sed rectior adhuc est Autoris assertio, propter expr. textum *d.l.4.* & quamvis tunc sit procuratrix in rem suam, quod ipsi mandatæ actiones, nihilominus tamen dicitur aliena negotia agere, *d.l.4.* Ratio est; tum quod illud humanum; tum quia Procurator in rem suam à Procuratore in specie sic dicto ratione finis quidem differt & effectus (quo sensu intelligendum quod *in l.9.C.h.t.* habetur, non posse dici eum, qui mandatas sibi actiones exercuit, alieno negotio fungi) at non ratione formæ & objecti, *arg. d.l.4.C.h.l.1.ff.eod.* 2. *In causâ liberali,* sed tantum pro liberis aut cognatis, ubi tamen alius proc. haberi non potest, *l.3.§.2.de liber.caus.* 3. *Matri pro filio* hoc conceditur in instantia appellationis, *l.1.de appellat.recip.vel non* 4. Mulieri pro parentibus aut marito, si eos impediat morbus, captivitas aut ætas, & alius haberi nequeat. Idque omne ex justitia temperata proficiscitur. Jung. Gail.1. *O.133.n.8.* Plures exceptiones habent Glossographi, quas rectè rejicit Giphan. *in d.l.41.h.t.* Conf. Gail.1.*obs.*133. Pruckm. *ad l.9 de stat. hom. m.2. art.2.*

Milites.

In *Milite* non longè diversa ratio est, qui nec defensor esse potest, *l.54 h.t.* nec parentum aut uxoris, *l.7. C.eod.* quòd pro Reip. defensione occupatus esse, & ab ea distrahi non debeat. Excipitur 1. nisi sit procurator in rem suam *l.9.C.h.t.* quod tunc in effectu res proprias administret, quod militi nec aliàs est prohibitum 2. si causam communem cohortis seu numeri aut legionis prosequatur, quam promoveri & publicè interest, *l.8.§.2.h.* 3. si ipsi initio non opposita exceptio, *d.l.8.§.2.* Quod ait Bachov. *h* non posse defendi, nisi ex putidâ ratione juris, quod per litem contestatam sit factus litis dominus, *arg.l.22.l.23.C h.t.* Idem *ad Tr.d.9.th.6.B.* Giphan. autem in *d.l.8.§.2.h.n.18.* dicit se credere quod fiat hoc ne judicia sint illusoriæ. Quæ & ratio civilis; licet externa, optima est, propter quam multa jure posit. constituta & autoritatem habent. Conf. Grot. *in sl. spars. 1.de re jud. & obs. supr. de l. & l.n.15.infr.*

Decuriones.

Porrò arcentur hic *Decuriones* text. expr. *l.30.C.locat.* Et ratio peti comm. solet ex *alleg.* 34. *C.de decur.* quâ dicitur procuratio infamissima vilitas, & sub gravissimâ pœna decurionibus interdicta. Quare autem *d.l.* ita vocetur respectu decurionatus, qui & ipse vilis erat dignitas, dicit Bach. *h.* se non intelligere. Verùm etsi constet, procurationem in se nullam esse illicitam, sunt tamen ipsius quidam gradus, ut & vilitatis. Dicendum itaque *d.l.34.* vilem dici procurationem extrajudicialem, secundum quid, quod sc. (cum indistinctè sit de alienis negotiis *l.1.h.t.*) possit etiam de rebus esse vilissimis: eadem autem respectu Decurionatus, qui est procuratio commissæ administrationis civitatis *t.t.de Decur.* & honor, *l.7.pr.& §.2.l.12. de decur.*

de decur. dignitas, *d.l.12.& l.6.eod.* quoque longè sit vilissima. De *Infami* nonnihil intricatior quæstio est.

Infamia.

Tria distinguenda putamus 1. ante Justin. infamem non potuisse dari procuratorem vel dare. Quo pertinet quod Quintil. *lib.3.c.6.& lib.7.c.5.* ait, tam sincera & inculpata olim fuisse judicia. 2. Postmodum Justin. *in fin. l.de Except.* indistinctè infames admisit. 3. Jure Can. infamis procurator esse non potest, *c.1.& c.2.& ibi Gloss.3.q.7.* quod tanquam honestius hodie observatur, cùm in aliis benè constitutis judiciis, tum vel maximè in augustiss. tribunali Cam. Imp. *O.C.p.1.t.18.* Gail.1. *obs.43.* Diss. Mæstert. *de Just. Rom. leg. lib.2.c.18.n.5.* jus Canonicum non admittens. Ratio autem Justiniani *in d.§ 3.* duplex est 1. quod tempore Imp. exoleverat exceptio infamiæ, nec erat amplius in usu 2. ne opposita ejusmodi exceptio differat, h.e. protrahat lites, quas interest maturius finiri, quæ ratio quidem externa, sed Reip. per quam est utilissima, *Ruttersh. de differ. jur. civ. & Canon. lib.5.c.12.* Sed diss. Bachov. *ad Tr. h. disp.9.th.6.F.in comm. inst. ad d.§.3.& ad Wes. h.* restringens, *d.§.3.* ad eum de quo dubitatur an sit infamis, notoriè verò infamem nec ipsum Imper. admittere contendens, 1. *quod notorie infamis nequeat postulare 2. quod ratio d.§.3. ne dum de eis altercatur &c. obtineat saltem in non notoriè infami.* Sed Resp. 1. *advocationis munus & honorabile esse eodem jure civili, & publicum, l.14.C.de Advoc. divers. jud. vile verò officium procuratoris, nec publicum, & praeterea hæc in multis aliis differre, arg. l.1. de postul. 2. quod non facilè quid ita sit notorium, ut non requirat aliqualem cognitionem. Quod 3. Imp. in d.§.3. explosas voluit omnes exceptiones infamiæ sive notoriæ sint sive minus, ut hactenus rectè Mæstert. d. n.5. circa princ.* Porro excluduntur hic *litium redemptores in l.15.C.h.t.* Hos *indistinctè accipit Giphanius, qui vel totam litem parvo precio redimunt, vel partem victoriæ sibi paciscuntur per l.20. 22. & seqq. C. mandat.* Verùm rectiùs Dd. comm. de his saltem dictum legem 15.*h.* explicant: de illis autem qui sub prætextu tituli alicujus actionem se transtulerunt, intelligunt *d.l.20. & seqq. & l.2.C.ne lic. potent.* quia hi alio respectu redemptores litium dicuntur. Bachov. *d. disp.9.th.6.D.*

Redemptores lit.

Quod & *Excommunicatus* hic repellatur, constat *cit. text. & c.f. de procurat.* quia fingitur mortuus, *c.nemo 21.q.3.* quod iterum haud bene improbat Mæstert *d.c.18.n.7.* ex eo, quod Pontifex hac ratione falcem miserit in messem alienam; cum excommunicatio sit exclusio à communione spirituali. Ipso enim Salvatore nostro autore, pœna hæc contumaciæ est maxima, quia cum excommunicatis, inquit, ne cibum quidem capiatis, *Matth.18.17.2.ad Thessal.3.1. 1.ad Corinth.5.* qui itaque ad judicia admittentur?

Excommunicatus.

Etiam inter absentes) Procurator invitus non constituitur, *l.8.§.1.h.t.* Dicitur autem invitus hic dupliciter 1. qui contradicit, quia dissensum suum contestatur 2. qui consensisse non probatur, quoniam consensus per externa signa declaratur, quæ non præsumuntur, sed sunt probanda. Et alterutrum sufficit. Hinc quæritur, *an tacens hic pro consentiente habeatur*, e.g. qui literas procuratorias missas acceptavit, an eo ipso constitutus intelligatur? Quod de simplici acceptatione literarum negandum; cum accipiens sæpe contenta ignoret. *Proinde factum aliquod intercedere debet, unde consensus eliciatur, ut si sciat se absentem datum, nec contradicat, vel postquam contenta literarum scire cœpit, acquiescat, arg. l.18. mandat.* Bach. *h.* Giphan. *in d.l.8.§.1. in fin.* Cæterum hodie & invitus ex officio dari potest procurator, illis in locis ubi certi ordinariique sunt procuratores, atque partibus non nisi per procuratorem agere licet, quemadmodum in Judicio Nostro Aulico provinciali.

An invitus.

Tacens & absens.

Unus etiam litis plures) Principalis quæstio est, *an in judicio plures procuratores possint constitui?* Et pro majori intellectu distinguendi sunt tres casus. Vel enim 1. *plures personæ sunt quæ diversas habent causas.* Vel 2. *una quidem persona, sed plures habent causas.* Et indubium est, quin illis casibus possint etiam plures dari procuratores. Vel 3. *una ejus causa, de quâ quæritur, an in eâ plures possint dari procuratores.* Et tum interest sec. *l.31.§.1.& 2.h.t.* an una causa (lis, sive judiciũ) pertineat *ad plures personas*, an *ad unã* tantũ. Illo casu plures dari possunt, si e.g. sint tres creditores litis consortes, possunt singuli in illâ lite dari procuratorem, *d.l. §.1.* Hoc casu disting. inter jus civile & Canonicum. Illo jure plures procuratores per partes dari non possunt, *l.38.h.t.* Sed vel unus tantùm; *l.37.§.1.d.l.38.eod. l.31.§.5.de Ædil. edict.* vel plures quidem, sed singuli in solidum, ut in re ipsâ & effectu sit unus, *arg. l.31. §.fin.h.t.* Jure verò Canonico plures ad unam litem unius personæ dari possunt, *c. si duo de procurat. in 6.* Ratio juris civilis facilis est, quia ad unam unius personæ litem tantùm unus intervenire debet plures personæ plures lites requirunt. Jure verò Can. aliter obtinet, adeò ut plures non censeantur dari in solidum, nisi hæc clausula, *in solidum*, sit adjecta. Conf. Giphan. *in d.l.31. §.1.h.t.* Add. Myns.1. *Obs.47.* & nunc de procuratore uno in pluribus causis Dn. Mev. *p.2. d.342.*

An in judicio plures possint procurat. constitui.

Conjunctas personas) Conjunctarum personarum nomine in leges veniunt liberi, licet in potestate, pater, fratres, affines. Quin & Maritus, *l.21.C.eod.* liberti *l.35.h.* Consortes litis, *l.1.C.de Consort. ejusd. lit.* Interpretes verò addunt etiam alios, ut agnatos, cognatos & amicus. Unde Famer. à Rosbach. *proces. civil. p.m.123.* ait, in praxi observari, ut & amicus amicitiæ magnæ admittatur, & conjuncti usque ad 4. gradum collateralium, *arg. l.13.v. non etiam C.de adv. div. judicior.* in linea verò rectâ in infinitum *l.39.l.40.§.2. & fin.h.t.l.3.l.4. solut. matr.* Vide de his agentis latiss. Botell. *d.t.66.n.93.& seqq.* Admittuntur tamen hæ personæ 1. si illis pro quibus interveniunt, volentibus hoc fiat 2. si caveant de rato, *l.40.§.f.h.t.* pignore vel fidejussoribus, *arg. l.1. qui satisd. cog.* D. Carpz. *de arbor. consang. & affin. disp.3.th.8.*

Quæ h. conj. personæ admittantur sub cautione rati.

N.V. *Ut sunt judicia publica*) Q. *an in causis criminalibus admittendus sit procurator?* Rectius contra A. ita distinguitur: *Causæ criminales vel sunt capitales vel non l.1. an per al. caus. app. In illis (sive certam habeant pœnam capitalem sive arbitrariè talem, ut possit eo extendi) non admittendus est, nec à parte actoris nec rei, quod horum quoad pœnam & propter delictum, & quoad talionem par sit ratio, l.pen.§.fin. de publ. judic. Jung. Bachov. h.* Hodie tamen in accusatore, secus est, ex constit. criminali Caroli V. *art.12.* ubi cogitur modò cavere de expensis in casum si succumbat, & ratione injuriarum, wegen der Schmach und Schande. Ideoque potest dare procuratorem cessante pœnâ talionis. *In his subdistinguitur, utrum pœnam habeant pecuniariam & relegatione* minorem, an non, *d.l.1. an per al. causa appell. l.3. de pœn. l.33.§.2.h.t.* ita, ut in illis admittatur procurator, etiam à parte rei, non verò in his, *dd. ll.* Add. P.H.O. *art.286.* Exceptio est & potest in criminalibus intervenire procurator à parte rei 1. si procurator *absentiæ causam* defendat, non verò causam principalem, *l.71.h.l.pen.§.f. de publ. judic.* nisi sit delictum ex quo absens etiam condemnari possit, ubi & pro innocentia admittitur defensor, *l.33.§ ut h.t.* Hent. Nebelkiâ *dec.20.p.m.238.& seqq.* 2. si quis *suam suorumque injuriam* prosequatur; de quâ dubitat Bachov. *in not. h.* Et videtur tamen æquum, admittendum patrem *ratione sui interesse* (h.e. propter *summam con-*

An proc. admittatur in criminalibus

junctio-

mulctionem) pro absentia & innocentiâ filii defendendâ, *arg. l. 11. de publ. judic. l. 2. C. de accusat.* quomodo in Fac. Jurid. Jen. & Marpurgensi pronunciatum referunt Nebelkra *d. decis. 20. p. 251.* Dominic. Arumæ. *l. 1. decis. 7. n. 23. & 45.* Dn. Richter *p. 5. cens. 4. n. 11.* Quamvis eorundem sententiam veram putet Borell. *d. dec. 1. 66. n. 115.* saltim in allegandis absentiæ causis, non in concernentibus absolutionem, nulla tamen ratione subnixus. 3, Si criminalis actio *civiliter* sit intentata. Conf. quoad cætera Bach. *in not.* ubi errores Autoris rectè corrigit.

An in judic. famosis.

Sed an in judicus famosis) Brevius & rectiùs in hâc quæstione distinguit Bachov. *h.* utrum in causis (privatis sc.) actum criminaliter, an civiliter, ita ut illo casu non admittatur procurator, *l. fin. C. de injur. l. 39. §. fin. h. t.* nisi actum sit ad pœnam fisco applicandam, hoc casu admittatur, *l. 42. § 1. h. t.*

In interdicto de liber. exhib.

De liberis exhibendis) Verùm cum hoc interdictum sit ex causa privata atque pecuniaria, *l. 26. C. h. t.* & in eo non nisi de exhibendo agatur, quod & per procuratorem fieri potest, nihil impedire videtur, quo minus & hic procurator admittatur. Secus forsan est in Edicto deducendo *lib. 3. de lib. exhib.* cui ratio Wesenbecii magis est accommodata, Bach. *ad Tr. d. disp. 9. th. 1. E.*

In causa liberali.

Quam liberalibus) Sed & hoc non aliter verùm est, quàm si quis liber sit, & ex libertate in servitutem petatur, *l. 33. §. 1. h. t. l. 1. C. de assert. toll.*

An necessaria in mandat. clausula rati.

N. VI. *Hæc promissio de ratihabitatione*) Mandatis & Procuratoriis, den Vollmachten / inseri ferè semper solet clausula rati, & satisdationis ita: Und ich gelobe alle das jenige / was mein Gevollmechtiger meinenthalben also verrichten wird / pro rato & grato (oder genehm) denselben auch wegen dieser verrichtung schadlos zu halten / bey verpfendung meiner Haab und Güter / so viel dazu von nöthen Q. *an hæc promissio sit necessaria?* Affirmat Autor *h. & n. 7. v. illud etiam sciendum.* quem ex inde sibi contrariari *h. n. vers. ubi namque* opinatur Bachov. *in not.* Sed contrarium verius est, quia rò ratum habere quod agitur, per se venit ex natura mandati, per quod constitutio procuratoris perficitur, *arg. l. 1. h. t.* Nec officit *l. 65. eod.* in quâ non dicitur quod rati clausula necessaria sit; ut nec §. *fin. autem I. de satisdat.* qui agit saltem de cautione rati, quam ipse Procurator tenetur facere, si non constet de mandato, vel dominus id non confirmaverit. Add. Besold. *de lib. h. t. q. 14.* Eadem vero ratio est in claus. *satisdationis* ut non sit necessaria. Ex stylo tamen cur ejusmodi clausulæ insertæ mandatis utiles videntur; & quoad mandatum generale, ne procurator quoad illa, quæ præter speciale mandatum agit, videatur fines excessisse; & ut ipsi magis cautum sit. In clausula: *& omnia reliqua agendi*: und sonst alles ander vermög rechtlicher Ordnung zu handeln / qua de Aut. *n. 7.* idem ferè juris est. Add. Mynf. *4. O. 99.* Cæterùm exactam formulam mandati procuratorii vide post Ordinat. Cancell. Duc. Br. & Lun.

Quomodo de rato caveat procur. actoris & rei.

Procurator autem rei) Diversæ sunt cautiones quas procurator actoris vel rei præstare tenetur. Ille *de rato* (*dominum suum velle rata habere quæ agit*) *cavere tum demum tenetur, si dominus ejus sit absens, aut dubitetur de mandato producto, l. 39. §. 1. h. t. l. 1. C. eod. d. §. fin. autem l. de satisd.* Jung. Besold. *de lib. h. t. q. 11. & 13.* ubi in fine explicat quando mandatum dubium reddatur. Hic *verò de rato non cavet, quia reus cujus vices supplet, non agit, sed excipit, & ab alio illatam suscipit actionem, l. 45. §. f. h. t. l. 5. §. f. & l. sequ. de nov. oper. nunc.* Præstat verò hic cautionem de judicato solvendo. *Ubi tamen distinguendum, utrum reus ipsemet sit præsens in judicio, utrum absens. Si præsens est, ipsemet tenetur satisdare d. l. aut.*

C. de satisd. nisi immobilia possideat, l. 15. qui satisd. cog. Si absens, distinguendum inter actionem in rem & in personam. In illa procurator rei utramque cautionem præstat, tam rati quam judicatum solvi, l. 75. h. t. quia ibi periculum est ne reus domum reversus agat, sive fundum e. g. vindicet, l. 40. §. 2. vers. quid enim h. t. In actione verò personali saltem præstat cautionem judicatum solvi arg. l. 45. §. f. h. t. quia ibi non interest rei, sed defensor de suo solvit, Gloss. *in d. §. f.* Excipiuntur tamen quinque casus, in quibus procurator rei etiam de rato cavere tenetur in actione personali, de quibus agit Gipha. *in l. 35. §. fin. h. t.*

Ad formam mand. proc. pertinet, quod quædam speciale mand. requirant.

N. VII. *Quæ speciale mandatum*) Sunt quæ speciali mandato opus habent, maximè fore Canon. Ideoque specialiter etiam in mandato procur. exprimenda; puta ad contrahendum matrimonium, compromissum, receptio solutionis, petitio executionis sententiæ, taxationis expensarum, restitutionis in integrum, ubi petitur principaliter, juramenti præstatio, causæ reassumptio, transactio. De hac autem id probat *c. 4. de proc. in 6.* non verò *c. contingit de arbit.* quod eò vocavit Autor. *num. 11. v. transactionis.* Nec enim agit de transactione, sed statuit quod de rebus spiritualib. nequeat esse arbiter. Jure autem civili ut quis possit transigere, mandatum generale sufficit *l. 58. h.* Nec mutat *l. 60. eod.* est enim de generali mandato non bonorum, sed litis, at contraria sunt *transigere* h. e. litem finire, & *agere* h. e. persequi. Conferatur Mynf. *2. O. 16.* Boc. *in class. 7. th. 19.* Besold. *in de lib. h. n. 1.* D. Perez. *C. h. n. 19.* & omnia toto quasi demensa horreo 50. limitationibus exhibens Borell. *d. 1. 66. n. 59. & seq.* novissimè D. Mantz. *h. t. n. 218.*

Et sigilli appositio.

Et aliquo sigillo) Ita praxi omnino servatur, ut non sufficiat subscriptio, sed sigilli appositio junctim requiratur, vel à privato, vel personâ publicâ, Notarii aut magistratus. Attamen ex jure civili, præcipuè verò ex alleg. *l. 65. h. t.* id neutiquam probatur. Jung. Hoping. *de jur. sigillor. c. 7. n. 26.* & nunc Dn. Mev. *p. 2. d. 60.* censens sufficere mand. procuratorium sigillo mandantis esse corroboratum, licet non fuerit subscriptum. Quod non validetur nudo Notarii documento, *p. 2. d. 155.* Quod item, nisi auditâ prius alterâ parte, non sit recipiendum. *p. 3. d. 148.*

Quomodo præsumtive probetur mand.

Præsumtione) Probatur mandatum quandoque minus plenè, ut quando pro alio intervenit qui ipsi sanguine junctus; tum enim præsumptio est dominum hoc mandasse. Insuper tamen & tum requiritur cautio rati. Idem obtinet hodie in procuratoribus judicii juratis, qui ad nudam oblationem cum cautione de rato admittuntur, quod ipsi compellati præsumantur. An verò mandati vires habeat Patentia, videndus laudatus D. Mev. *p. 2. dec. 159.*

An procurator extrajudic. fiat dominus negotii ipsa rei tractatione.

N. VIII. *Sit dominus negotii*) Procurator extrajudicialis fit *dominus negotii, ipsâ rei tractatione, quia tum res amplius non est integra,* sed partis alterius cœpit interesse. Hoc autem non placet Bachovio, *quod mandans, sive etiam non integrâ, præstet quod interest, licere posse mandatum revocare.* Verùm *eadem ratione sequeretur & procuratorem judicialem non esse dominum lite jam contestata, quod tamen ipse non negat; quia & hic si pœnitere velit, & præstare interesse, non minus audiendus est, licet causa cognita (quod hic est per accidens), cum utrobique hoc admittat natura obligationis faciendi, quæ promissorum præstantem interesse, liberat, l. 13. de re judic.* Rectior itaque adhuc manet sententia nostri Wesenbecii, *per alleg. l. 38. §. 21. de V. O. & l. 1. de stipul. serv.* Sufficit enim hactenus procuratorem fieri dominum, ut sub necessitate præstandi interesse munus suum perficere teneatur. Quod verò dicitur dominum litis *in l. 22. l. 23. C. h. t.* habere procurator, verum est vocabulo domini latè sumpto, pro facultate vel jure,

Defenditur Wes. contra Bach.

Procurator ut dominus litis.

quod Procurator instar domini, lite contestatâ ad litem sive causam vel actionem habet.

An sententia ferenda in procuratorem.

Sententia est in procuratorem) Jure civili non modo *sententia in procuratorem* ferenda est, *l.1.C. de sententiis* quia is fit dominus litis, cujus domini potestas est, quod in alium sententia ferri non possit, & si feratur, nulla sit; sed jure stricto etiam ipsa judicati actio, quæ oritur ex litis contestatione, eum tenet, *arg. l. 11. § 1. de novat.* Hâc enim inducitur novatio per delegationem, ita ut procurator pro reo substituatur. *Ex æquitate autem aliud inductum est, sc. quod detur illa actio domino contra reum, l.4. de re jud. l.28. h.t.* non verò in procuratorem procuratoris. Exceptio tamen existit, 1. nisi ultro se obtulit defensor 2. ubi est procurator in rem suam, *d.l.4.* 3. quandoque ob impensas litis *l.30.h.* 4. si procurator est hæres domini *l.31.pr.eod.* At jure Canonico, quod hodie sequimur, causa quidem quoad alia agitur per procuratores, sed sententia distinctè in dominum concipitur. Vid. Gail. 1. *obs.* 111. *n.* 20. exceptâ eam â injuriam in Mynl. 6. *obs.* 11.

An dominus ex gestu procurat. possit agere non cessis actionibus Examinatur Wes.

Sed an sine cessione) Q. *an dominus ex gestu Procuratoris possit agere etiam contra tertium, non cessis actionibus, sc. & ex stipulatu judicati?* Dist. Wesenbec. inter actiones *directas* & *utiles*, ita ut illas non habeat dominus, nisi fuerint cessæ, *per l.1.C. per quas pers.* (quia quæ juris sunt per liberam personam non acquiruntur) hæ verò comparatæ sint domino sine cessione. Verùm rectè notat *h.* Bachov. si ita faciè admittatur utilis actio, paulatim totam illam regulam, quâ alteri per alterum actio acquiri negatur, eludi; quod in effectu nihil intersit, utrum dicamus directam vel utilem dari actionem. Præterea verò & prius quod directis actionibus habet Wesenb. indistinctè verum non est. *Rectius itaque dicitur, quod adhuc sit regula; obligationem & actionem nobis per procuratorem non acquiri sed opus esse cessione.* ex ratione *d.l.1. C. per quas personas.* Excipitur 1. Condictio ex mutuo, ubi ex meâ pecunia per procuratorem pecunia data, *l.2.C.d.t. l.5. C. de Contr. stipul. l.26. de reb. cred* 2. actio pignoratitia uno casu, nempe mutui ex Constit. Justinian *d.l.2.* Verùm & *utilis actio non datur indistinctè*, sed certis tantum casibus, ut 1. si procurator ex re domini acquisitat, *l.68.h.t.* quo etiam referenda *l.27. l.28. h.t. l.13. §.25. de act. emt.* 2. si procurator sibi stipuletur domino præsente, *l.79. de V.O.* 3. si aliogui domino res non potest esse salva, v.c. si procurator qui stipulatus fuit abfit, & propter absentiam non possit à domino cogi ad cedendam actionem, *l.5. de prætor. stipul.* Vid. Giphan. *ad l.72.h.t.*

Regula de action. directis.

De utilibus.

Quæsita ex proc. sunt peculii adventitii.

Hodie secus.

N.X. *Id non esse quasi peculium castrense*) Quæsita ex procuratione ait non pertinere ad quasi castrense peculium, sed ad *adventitium*, & rectè. Nam 1. in *l.4. C. de Advoc. divers. jud.* salaria Advocatorum saltem referuntur ad peculia quasi castrensia, *l. fin. C. de inoff. testam.* 2. Procuratio non est militia togata, sed functio quædam privata, quæ illis qui vel togatæ vel armatæ sunt militiæ, prohibetur. Add. Bachov. *ad Tr. d. diss.9 th. ult. D.* ubi Treutl. dissentientem refutat. Hodierno tamen jure de Procuratoribus juratis, qui sunt in judicio Cameræ Imper. & in Principum Imperii dicasteriis constituti, idem rectè affirmatur, quæ videtur esse sententia Bachov. *in not. h.*

Duæ diversæ quæstiones de appellat. procuratoris.

N.XI. *Nec enim cogitur procurator*) quæruntur. 1. *an procurator necessariò teneatur appellare?* Quod rectè affirmatur de dato ad totam causam, *l.17. verb. ultrà C.h.t. 10. C. de appell. ibique Dn. Brunnem.* quodque appellatio sit de annexis & appendicibus primæ instantiæ, *c. pen. hoc tit.* Bachov. *ad Tr. h.h. th.3 C.* 2. Q. *an procurator non solum teneatur appellare, sed & appellationem prosequi.* Et quamvis hæc quæstio sit potius facti, & ex tenore mandati decidenda; si tamen de eâ exinde non satis constet, verior est communis DD. sententia negativa, *arg. l.17. C.h.t. c. non iuste eod. arg. l.10. l.9. C. de appell.* quæ & in praxi servatur, Gail. 1. *obs.* 34. junct. *l.2. an per al. caus. appell. ubi Wes l. ult. de appell.* quibus nunc addendus Dn. Mev. *p.2. decis.* 3. 3. ostendens procuratorem primæ Instantiæ ad appellationis prosecutionem non esse citandum Diss. Bach. *d. loc.* per *l.31. de neg. gest. & l. ult. an per al. caus. app.* Sed prior *huc non pertinet, cum sit de eo qui non provocavit. Et suspendatur quidem appellatione executio, sed novum fit judicium, nova litis cont. cognitio, sententia l.55. de re jud. l.1. §. f. ad Sen. Turp.* Altera intelligitur vel de *procur. universali omn. actionum*, vel de *particulari qui ultro rationes dedit appellationis, h. e.* (ut vulgo, *justificavit causas, proposuit gravamina. Cogi enim non potest ab initio, sed si velit, non est repellendus postmodum autem si cesset: potest & dominus persequi, quamvis & procurator tunc rectè cogatur, arg. l.56. de jud.*

An mortuo proc. solvitur simul mandat. proc.

Mortuo procuratore) Quæstio est, *an mortuo procuratore solvatur simul mandatum procuratorium?* Affirmat indistinctè Wesenb. Rectius distinguitur *ex l. al. leg. 27. §.3. mandat.* Procurator vel decessit *integre* adhuc *mandato* vel *non*. Illo casu omnino solvitur, *d §.3.* quia domini nihil interest, hocque adeò verum, ut licet hæres ejus, cum mandatum, exsecutus id fuerit, exinde tamen non habeat mandati actionem, *d.§.3.* neque negotiorum gestorum, *l.21. §. si vivo de negot. gest.* Hoc casu hæres mandatum perficere tenetur, *arg. l.6. §.7. de his qui not. infam. l.14. §.1. mandat.* Diximus tamen hoc verum saltem *de mandatario in thesi, vel etiam de procuratore ad negotia. Nam cum hodiernis & alii Procuratores, qui in judicio Camerali & Principum Dicasteriis habentur, calleant artem & scientiam in singulis terminis singula quadam doctè & nervosè proponendi, quam privati ignorant, propter electam personæ industriam, & singularem qualitatem quæ in hærede non est, ejusmodi procuratoris morte, & ipsa obligatio simul commoritur:* addatur modò de procuratorum vilitate pristinâ, & de hodiernâ eorundem conditione Dn. Mev. *p.3. d.243.* nec non, an mortuo procuratore opus sit expressâ processus reassumtione Dn. Richter *p.1. c.29. n.2. & seqq.* Et tantum quoque de procur. *quorum perest necessarius in Rep. usus, ut qui rebus suis ipsi superesse nolunt vel non possunt, per alios queant vel agere vel conveniri.*

Necessitas proc. in Rep.

TITULUS IV.

Quod cujusque universitatis nomine, vel contra eam agatur.

1 Commentum.

Quandoquidem de procuratoribus hactenus privatorum exposuimus, tempestivum est nonnihil subjicere de Procuratoribus Universitatum & Collegiorum, quasi publicis: qui Syndici, Actores, & Ecdici nostris vocantur.

2 Quid, &

Universitas dicitur hominum, in civili societate viventium communitas, qualis est in oppidis & pagis: *Ang. Fab. & alii,* in §. *universitatis. Inst. de rer. divis.* cujus tria genera facit Bartolus. *cons.* 159. *incip. primo quæritur utrum.* Collegia autem dicta esse Varro scribit a simul Legendo, quia plures in unum corpus colliguntur. Nec enim unus constituit Collegium, quamvis retineat: *l. sicut 7 §. f. h. t.* sed plures, & non pauciores quam tres *l. Neratius 85. de verb. sign.* Collegium autem eodem modo differt ab Universitate, quo pars a toto: totum non

quot collegia sit universitas & de collegiis prohibitis.

totius

totius universitatis, sed partis est, & aliquorum, qui instituto do collegium singulare, quia videntur se a jure & corpore totius universitatis segregare, ac quandam secessionem à communitate facere, quod multis suspicionibus & odiis, etiam sumptibus est obnoxium, & laxationem disciplinæ plerumque propter frequentes, ut fit, collegarum comessationes affert: ideo in jure collegia regulantes sunt prohibita, *tot. tit. inf. de coll. illici. ubi vide* ut & privata conventicula, *l. conventicula 15. C. de episc. & cler.* exceptis iis quæ lex aut Princeps bono publico vel constituit, vel patitur & permittit, ut sunt collegia mercatorum, pistorum, & aliorum opificum in singulis civitatibus: quorum opera communitas civium carere non potest. Hæc autem collegia probata, formam quandam habent parvæ universitatis. Nam sicut universitas, ita & collegium perpetuo durat: quoad una persona superest, etiamsi aliæ subinde personæ aut intercidant, aut recipiantur: *l. proponebatur 76. de jud. l. sicut 7. §. 2. h. t.* & habent communia jura: ut privilegia, statuta, item pecuniam, arcas communes, & syndicos atque actores, perinde ac quælibet universitas, *ut in l. 1. h. t. in l. 2. de colleg. licit.*

3.
Quinam sint syndici, ecdici actores &c.

Porro syndici, *ἔκδικοι* & Actores inter se aliquo modo differunt. Syndicus à lite seu causa appellatur: *δίκη* enim Græcis id significat. Et syndici dicuntur plurali numero: quia non unus, sed plures, & cum minimum duo ad id munus in magis præsertim communitatibus assumi solent. Est igitur Syndicus propriè procurator universitatis, qui communi mandato causas & lites universitatis in judicio persequitur & administrat *ut liquet ex l. 1. & tot. h. t.* *ἔκδικος* autem etsi pro syndico passim ponitur, tamen propriè *ἔκδικοι* illi dicuntur, qui causas reipublicæ tractant criminales, & exigunt mulctas ac pœnas universitati debitas: quales nunc sunt qui Procuratores Fisci vulgo nominantur. *ἐκδικεῖν* enim Græcis propriè vindictam & mulctam judicio persequi significat, *Alcia. ad l. præses 11. C. de transact.* Actor etsi distat à procuratore, ut supra dictum est, quia est is qui vice procuratoris, ab eo qui procuratorem dare non potest (ut a tutore) substituitur: *l. neque 10. ubi Dd. C. de procur. l. . C. de action. à tuto. dam. l. tut. 6. C. quando ex facto tutoris l. si actor 10. C. de appell.* tamen in hac materia procuratorum publicorum, sæpe actor pro syndico, & è diverso ponitur, *l. 1. §. 1. in verb. & actorem sive syndicum h. t. l. hæc ita tatu: 4. sup. de proc.* Distinguit tamen Accursius Actorem a Syndico, quod syndicus sit generalis procurator, datus ad omnes causas tractandas, tam præsentes quam futuras: actor autem procurator specialis, qui ad unam tantùm causam, impedito forte syndico, constituitur, *gl. in d. l. 1. ad verb. syndicum h. t. per l. item § 1. & 3. quod si actor h. t.* Itaque ut in procuratoribus privatorum, ita & in his communibus actorem proprie eum dici apparet, qui syndico substituitur ad unam vel plures causas: ut sicuti actor est vice procuratoris in privatis, ita & sit vice syndici in communibus, *d. l. item 6. § fin. h. t.* Distant autem ab his administratores, & curatores ac servi civitatum. *l. fin. h. t.* Administrator universitatis proprie dicitur, qui ejus pecunias, aliaque negotia eo pertinentia tractat, *t. t. de adm. rer. ad civit. pert.* Curator vero, qui alia negotia civitatis extra judicia persequitur: Subcurator, qui curatori substituitur, *l. ex fact. 30. de neg. gest.* Servus autem publicus dicitur, qui judiciis inservit: ut sunt scribæ publici: qui actuarii (ab actis) hodie dicuntur, *l. fi. ubi Dd. h. t. §. cum autem 3. Inst. de adopt. junct. l. non aliter cum ll. seqq. ff. eod. de adopt. l. orphanotrophos C. de episc. & cler. & C. de tabular. lib. 10.* Cæteri hi liberi sunt: at servus olim publicus, vere servus erat, nisi quod factionem testamenti haberet. *Ulpian. de testam.*

4.
Causa efficiens: qui syndicum constituere possint.

Constituuntur syndici aut à Lege sive consuetudine: aut ab Universitate, vel majore ejus parte: aut ab ordine, vel ab iis quibus ordo commisit. A lege vel consuetudine: ut cum lex, consuetudo, statutum Universitatis, hanc potestatem concedit *t. d. l. 1. h. t.* velut si jubeat constitui majorem natu, aut peritia potiorem, aut alium ex certo ordine certave familia hominem, &c. *l. 3. h. t.* Universitas constituit syndicum, ubi lex vel consuetudo deficit: & quidem aut tota, aut major ejus pars, computatis etiam iis qui ex universitate domo absunt. Nec enim satis est duas partes consentire præsentium: sed ut consentiant duæ partes, seu major pars universitatis, est necesse, *l. 3. h. t. l. quod si major ad munic. l. 2. de decret. ab ordin. facien. l. nominationem C. de decurio. lib. 10. Spec. de syndico in prin. nu. 1 & 3.* Quanquam autem majorem partem consentire sufficit, tamen omnes citandi sunt *ut recte volunt Bar. in l. nulli § 3. num. 8. hoc t. per t. 2. C. de decur. lib. 10.* Nam quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet, *l. fin. C. de author. præst.* aut certè omnes adhoc citari oportet: cujus citationis effectus ille peculiaris est, ut si aliquid emaneant, nihilominus præsentes possint actum perficere, *Bar. in l. 2. num. 3. de albo scriben. per Aut. si omnes C. si minor. ab her. abstin.* Nec interest, qualisnam sit universitas, sive nobilium, sive civium, sive etiam rusticorum, seu (ut loquit. Bar.) studiosorum, qui in uno collegio commorantur, *in l. 1. in prin. nu. 3. hoc per l. fin. de colleg. illic.* Illud tantum interest, ut in numerosa universitate, qualis est civium, non opus sit nomina constituentium exprimi (id enim facile fieri non potest:) nisi uno casu, cum videlicet syndicus ad alienandum constituitur, *l. fin. C. de vendend. reb. civit. lib. 11. c. fin. de proc.* In parvis vero universitatibus, ut pagis atque villis rusticorum, omnium nomina sint instrumento syndicatus consignanda, *ut est communis distinctio Bar. in l. 1. in prin. de alb. scrib. Spec. de synd. circ. prin. per text. l. fin. C. de leg. lib. 10. idque servari testatur Chas. in pract. c. 12. num. 3.* Quod autem diximus omnes ex universitate convocari; de his accipiendum, qui jus suffragiorum habent, non etiam de mulieribus: quæ cum ab omnibus publicis muneribus remotæ sunt, *l. 2. de reg. jur.* nec jus comitiorum conventuumque publicorum & suffragandi habeant, *Gell. lib. 5. c. 16.* merito vocari non debent. *Spec. d. tit. de synd. num. 3. & 4.* Sed an minores vocandi sint? Et videtur vocari non oportere, cum nec hi ipsi muneribus publicis recte adhibeantur: *l. exigendi 12. ubi Dd. C. de procur. l. ad rempub. de muner. & latius tradit Decius in d. l. 2. §. 2. de jur.* placet tamen Specul. tantum pupillos & impuberes prætermittendos esse, non etiam puberes: quia & hi sacramentum præstare universitati, aut superiori possunt & debent, *c. 1. § prat. de prohib. feud. alien. per Freder. ita Specul. d. tit. de syndico n. 3. ubi id usu etiam servari testatur.* Quod verum est, nisi alia specialis consuetudo aliud introduxerit, quæ præcipuè attendenda est, *l. item 6. in prin. hoc tit.* Quamobrem & fœminæ, ubi collegium moribus habere possunt, ut in monasteriis, & multis xenodochiis ac orphanotrophiis, & similibus piis locis, hoc casu syndicum constituere non prohibentur, *l. placet 17. C. de episc. & cler. Spec. prædl. loco.* Potest etiam ordo decurionum syndicum constituere. *l. 9. & l. item eorum 6. in prin. & § si decuriones h. t. Bal. in l. si ita C. de servo reip.* hoc est, ordo Magistratuum in singulis oppidis, *Chil. d. c. 19. num. 3.* Nam in his, qui haud facilè tota universitas convenire & consentire potest, ideo receptum est in plerisque, ut communitatis nomine, Magistratus jus populi exerceat, *l. non ambigitur 9. de ll. 2. § cumque difficile de orig. jur.* Nec modo decuriones eligere syndicum possunt, sed etiam hi, quibus ea res ab ordine est commissa: ut plerunque tribus aut quinque committi solet, *Bart. & Alex. in d. l. 3. hoc t.* Id enim ab ordine fieri dicitur, quod fit ab his, qui authoritatem ab ordine habent, *c. is cui ubi gl. de præben. lib. 5. Bart. in l. 3. §. si decurion. in prin. hoc titul.* Illud tamen in genere sciendum est, syndicum, à quibuscunque constituatur; publica authoritate, & nomine totius communitatis præficiendum esse, *gl. in l. item 6. § fin. ad verb. de rato h. tit.* Causa porro constituendi *προηγουμένη* est necessitas. Nam absque constitutione syndici, communitas nec agere quicquam, nec cum ea agi quippiam recte potest, *l. sicut 7. § 1. h. t. Bart. in l. solent num. 10. de alim. & cibar. lega. per l. 4. §. creditoribus de fideicom. libert.*

5.
Qui syndici creari possint.

Syndicus autem eligi debet, ex corpore & ordine decurionum, si quidem idoneus inde desumi potest: *l. plane 4. h. t. ubi gl. & Bart. per l. in Ecclesiis C. de episc. & cler. l. decernimus 13 C. de episc. aud. l. ut gradatim ¶ sed et si de muneribus* cæterum qui ex ipsa universitate allegandus est: quoniam is majori studio & fide præsumitur, communitatis suæ causas acturus, quam quivis extraneus, *c. 1. ext. de synd. d. l. plane 4. h. t.* Quod sine in ipsa quidem universitate, quisquam idoneus reperiatur; quod in oppidis rarius, in pagis non infrequenter usuvenire solet, hic necessitas rem eo perducit, ut etiam extraneus in syndicum eligatur, *Spec. in d. tit. de syndic. n. 20. per c. in pertractandis 3. de juram. cal. d. l. in Ecclesi. C. de episc. & cler. l. 2. § 2. de cura furio.* Idonei autem esse putantur literati, & causarum rerumque intelligentes ac periti, *ut recte Bald. & Pau. in d. l. in per tractandis in prin. Chil. in prac. d. c. 19. num. 3.* rarum imperiti, velut inhabiles, quantumlibet electi, repelli possunt, *h. t. § fin. ubi gl. verb. aut inhabiles h. t.* Potest etiam superior in universitate deligi in syndicum: ut Consul, Duumviri, Defensores, &c. *Bart. in l. nulli h. t.* Potest & aliquis ex illorum sumi numero, quibus potestas eligendi data est, *l. plane 4. h. t.* Si tamen uni hæc electio commissa esset, ipse se constituere & nominare non posset, *l. præses de off. præs. ut recte vult Accurs. & Bar. in d. l. 4.* quia de eo non intelligitur esse actum: *l. qui cum tutorib. 9. de transact. l. cum quis . 8. C. de solut.* nec quisquam sibi jus dicere potest: *l. qui jurisd. ubi Doctores de jurisdiction.* & eo ipso suspectus est, quod sese sponte ingerit, *l. qua omnia 25. in princ. sup. de procurat.* Neque solum unus adoptari potest, sed etiam plures, ac plerumque duo aut tres constitui solent: quia rectius plurium fidei quam unius, Respub. committuntur. Illud tamen verum est, singulos in solidum creatos videri, etiam si id instrumento non exprimatur. *Castren. & Alexan. in l. 1 n. 3. hoc tit. Bald. in c. 1 § privileg. a d. verb. finito de pace constantiæ.* quod contra in procuratoribus privatis esse diximus. In summa, qui procuratores esse possunt, hi & syndici: Unde & filiusfamilias; sicuti procurator esse, sic etiam dari actor & syndicus potest: *l. item 6, in fin. h. t.* tanto majo-

majore ratione, quando in his velut publicis, minus attenditur patria potestas, *l. sicut ubi Bart. nu. 1. hoc tit. quippe 78. de judi. l. filiusfam. 9 sup. de his qui sunt sui vel ali.* E contrario qui procuratores esse prohibentur, multo minus syndicatum exercere possunt. Nam absurdum fuerit, illis negocia publica credi, qui ne privatis quidem commode præesse queant: cum publica privatis sint potiora, *Auth. res quæ C. communia de legat. & fideicommiss.* Quare nec minor 25. annis, *l. exigendo. 11. C. de proc. Ias. in l. neque num. 2. C. eod.* neque fœmina, nec milites, & similes quos supradiximus, procuratoris officio arceri, syndicos creari par est, ut nec illi qui valetudine aut aliis impedimentis distringuntur, quo minus negocia recte superbiant. Interest enim Reipublic. aut tales non creari, aut si creati sint apparente impedimento mandatum statim revocari, *l. 1. §. fin. h. t.* Hoc tamen differunt, quod procuratores invii non dentur: *l. filiusfam. 8. §. invitus sup. de procur.* syndicatus vero velut publicum munus, etiam nolentibus imponatur, *Spec. de syndic. in prin.* Illud postremo sciendum est, etsi nemo causam universitatis agere queat præter syndicum: tamen defendi universitatem, à quolibet cautionem de Rato offerente posse: quia interest universitatis, res ejus non relinqui desertas, sed a quovis quolibet modo defendi. Nam defensionis ratio nunquam detrimento est, sæpius autem commodo, *l. 1. in fin. h. t.* Nec huic obstat quod dicitur in *l. 2. h. t.* Neminem universitatis nomine experiri posse, nisi cui id lex aut universitas permittat. Nam hoc de agente intelligendum est, sicut verbum Experiri in jure plerumque significat agere, non defendere, *l. 1. de his qui notan. cum simil.*

6
Materia: quibus in causis syndicus constitui possit.

Etsi vero procurator à privato dari non potest in casibus criminalibus, ut supra dictum est: tamen ab universitate etiam in his (nam universitas etiam criminaliter teneri & conveniri potest, *vide distinctionem Bart. in l. aut facti. §. nonnunquam de pæn.*) syndicus recte constituitur, cum mandato tamen speciali: *vide Bart. in l. 2. §. fin. de accusat. Balc. in l. 3. qui accus. non poss. Bald. in l. Polla. C. de his quibus ut indig. & in §. vasalli car b. damna tit. de pac. const.* quia sicut in civilibus causis, ita & in criminalibus universitas, nisi per syndicum haud quaquam commode convenitur vel agit. *Spec. t. de syndic. num. 5. & tit. de accus. vers. fin.* Ac potest syndicus in genere ad omnia negocia omnesque causas Reipub. *l. fin. hoc tit. Bart in l. 1. de albo scrib. per l. fin. de procura.* etiam futuras recte dari, *l. item. 9. §. sed si nu. h. t.* quamvis actor non nisi ad præsentes causas constituatur: quia (ut supra dictum est) tantum ad judicialia adhibetur: ubi igitur non est præsens judicium, ibi nec actor esse potest, *d. l. item 6. §. sed si ita. ubi præter alios Castr.* Illis quoque causis recte syndicus præficitur, quas universitas cum superiore, puta Principe, rectore aut alio habet. nec hic propterea culpandus est, quod universitati operam præstat contra superiorem, *Spec. in d. tit. de syndi. num. 19 per c. cum Eccles. de elect. in c. cum olim de causa poss. & propriet.*

7
Forma? quomodo syndicus constituatur.

In constituendo autem syndico potissimum antiqua forma & usitata consuetudo attendenda est, *l. item 8 in prin. ubi glo & Bal. h. t. Spec. de syndic num. 3.* Ubi consuetudo deest, forma juris servanda est: nempe ut omnes qui constituere debent, convocentur in locum aliquem publicum, *l. 2. C. de decur. lib. 10. l. pen. C. de legatio lib. 2. C. de præd. decur. lib. 11. Spec. de syndic. num. 2.* uno eodemque tempore, *l. 2. C. de decur. lib. 10. Bar. in l. nulli. 3. nu. 8. h. t. Spec. d. tit. de syndic. num. 9.* per sonitum campanæ, aut tubæ, aut aliud signum usitatum, *Spec. d. tit. de syndic. num. 16* Nam omnes uno tempore præsentes esse, & in suffragium ire debent, *l. pen. C. de legat. lib. 10.* Nec potest hæc suffragatio dividi, aut per ratihabitionem absentium suppleri. *l. fin. C. de prædiis decur. lib. 10. Spec. num. d. tit. de syndic num. 2.* ut nec reliqua solennia: *l. obligari. 9. §. fin. de auctor. tut. § fin. Instit. eod. l. continuus. 137 in prin. de verb. obl.* quamvis confirmatio superioris, ex intervallo subsequi possit, *Specul. de syndic. numer. 17. & 18.* Electo autem & constituto syndico, instrumentum ea super re conficiendum est: ut tanto facilius syndicatus probari possit. Quo instrumento quatuor præcipue comprehendenda esse, Speculator monet: videlicet, Quis syndicum constituat, Ad quas causas & lites, Contra quos, item Quomodo & quare constitutus sit, *Spec. in d. tit. num. 2. per l. si procuratorem. 6. sup. de procu.* Est tamen & hoc instrumento consignandum, non modo legitime electum esse syndicum, sed majorem quoque partem universitatis in electione adfuisse, *Spec. d. l. num. 10. Bart in l. 1. ubi & Andr. Siculus ad Bart. annotat. de albo scrib.* Qua in re creditur instrumento, donec contrarium fuerit probatum. *Spec. de syndic. num. 16 ut & semper alias l. optimam. l. 14 C. de contrah. stipul. l. cum precib. 18 C. de probatio. cum simil.* Atque ita observari, Speculator testatur. Neque tamen nomina omnium constituentium exprimenda sunt, prout supra ostensum est: nisi cum ad alienationem faciendam syndicus constituitur. scilicet ut sciri hoc casu possit, quorum mandato res universitatis sit alienata, *l. fin. C. de prædiis decur. lib. 10. Pano. in c. 2 de his quæ à major. parte cap.* Alias hanc inscriptionem Dd. non sequuntur, velut omnino necessariam, ut nec authoritatem superioris, quamvis Speculator & Bartol. dicant, tutius esse utrumque adhiberi, si commode fieri possit, *Spec. in d. tit. nu. 9. & 12. per l. 1. de albo scriben. Auth. præsides C. de episcop. aud. & l. hac consultiss. in princ. C. qui testam. facere poss. Bart. in d. l. 1. nu. 2. & 3 de alb. scriben. & novissime Chokier in pract. c. 19 nu. 2. & 3.* Illud etiam ultimo notandum est, syndicum ad certum tempus, puta annum, constitui posse: & quamvis per litis contestationem factus fuerit causæ dominus, tamen elapso tempore, hoc dominium una cum ipso syndicatu extingui: *Spec. in d. tit. num. 8. per l. 2 & 3 sup. de procu.* & ita datum, ultra tempus cogi diutius non posse, *Ias. in l. neque 11. C. de procura. & Dd. in d. l. 3. sup. de procurat.* Est & illud non prætermittendum, syndicum regulariter ad satisdandum, cautionemque præstandam non urgeri, sive agat, sive defendat: nisi cum de syndicatu & mandato probabiliter dubitari potest, *gl. in l. item 6. § fin. ad verb. de rato per illum text. h. t. in l. actor. num. 1. & 11. rem ratam haberi.* Nam cum a tutore privato non exigatur cautio, quod administrator universalis sit publica authoritate datus: *l. tutores 13. C. de admin. tutor.* certe non convenit, neque æquum est, syndicum velut personam publicam aliqua satisdatione urgeri: præsertim cum universitas, cujus causas agit, semper præsumatur esse solvendo, *fac. l. 1. ut lega. nom.*

8
Finis & effectus de officio & potestate syndici.

Finis autem quare constituatur, est necessitas & utilitas, cum universitatis, tum etiam eorum quibus lis & negocium cum universitate intercedit. Nam supra dictum est, universitatem neque conveniri, nec agere recte posse, nisi per syndicum qui universitatem repræsentet, *Spec. d. tit. de syndic. numer. 5.* Deinde & illud verum est, res communes plerumque esse neglectui, quasi alienas, nisi certus his rebus administrator præficiatur, *l. 2. quando & quib. quarta pars lib. 10.* qui & agat universitatis nomine, & eandem adversus cunctos etiam cives defendat, *l. sicut 7. § fil. pen. h. t.* ne bona communia ob rem non defensam possideantur, *l. 1. in fin. h. t.* Quod autem ad effectum attinet, syndicus parem potestatem consequitur quam procurator, *d. l. item 6. § fin.* Quocirca dominus fit litis, ita ut ei recte promittatur: *d. §. fin.* & omnia agit quæ universitas agere potest: adeo ut etiam juramentum deferre ac præstare nomine universitatis non prohibeatur, *gl. in d. l. item 6. §. fin. ad verb. de rato.* Nam syndicus intelligitur semper cum libera constitui potestate, etiamsi hoc non sit expressum, *Ias. in l. præses. 18. num. 7. C. de transact. qui licet distinguat, tamen Alex. dicit id esse verius. cons. 22 nu 11. volum. 1.* Tutius tamen videtur, speciale mandatum dari, *vide Bald. in l. Polla. C. de his quib. ut indig. & in §. damna de pac. Constan.* in his quæ illud requirunt juxta formam alibi traditam, *c. qui ad agendum 4. in princ. de procur. in 6. ut voluit Alex. in l. 1. in fin. h. t. Ioan. Andr. in c. præsentium 4. de testib. in 6.* Etsi vero syndicus, ut dixi, loco domini est, tamen sicut utilitas causæ, sic eadem ratione damnum omne in universitatem derivatur: *l. fin. ubi Dd. hoc tit.* Illud ultimo addendum est, syndicum eadem officia sustinere & exequi, quæ supra procuratori privatorum incumbere diximus: & illud præterea operam dare oportere, ut non rem privatam aut singulorum, sed tantummodo communem sibi commissam accuret, *l. 2. h. t.*

9
Contraria: & quibus modis finiatur syndicatus.

Postremo, quod ad contraria & exceptiones attinet, sciendum est easdem syndico opponi, quæ supra procuratoribus obstare diximus. Ut si objiciatur vitium effectricis causæ: puta duas partes in constituendo non adfuisse: *Spec. d. tit. de syndic. c. nu 21 per c. inter monasterium de sent. & re jud.* si ineptus & inhabilis dicatur qui constitutus est: *l. 1. §. fi. h. t.* aut si ostendatur vitium esse in forma syndicatus: puta quod non debito loco aut tempore, aut solenni ordine syndicus sit constitutus, qua tamen in parte illud notandum est, non vitiari syndicatum, si error tantum sit in verbis non in re ipsa, puta si pro syndico nominatus sit actor vel procurator, aut è contrario. Ut enim libellum supra sustineri diximus translatis verbis, ita & instrumentum syndicatus, eadem interpretatione adjuvandum est, *ut recte Spec. in d. tit. num. 1c. & Bart. in l. 1. §. quib. num. 3. h. t. & in Auth. sed hodie num. 3. C. de epis. & cler. per c. petitio de procur.* Nam verba instrumentorum potius impropriandа sunt, quam ut actus recte gestus annihiletur. *l. si olim 21. ubi Bart. & Dd. C. de locat. l. si uno in prin. ff. eod.* Illud etiam animadvertendum exceptionem syndico eodem modo opponendam esse, quo procuratori privato: videlicet in modum dilatoriæ, ante contestationem litis. Nam post eam contestatam non potest dilatoria illi opponi, quia dominus litis factus est, *ita Spec. d. tit. nu. 11. & 12. per l. ita demum 13 C. de procurat. & d. c. inter monaster. de sent. & re jud.* Finitur autem syndicatus iisdem prope modis, quibus mandatum procuratorum: nam universitas jure privatorum utitur, *l. sicut quod 16 de verb. signif. Spec. de synd. nu. 1. per l. fin. h. t.* puta morte syndici, non etiam constituentium: quia communitas,

cujus

cujus nomine sit constitutio, semper vivere & perdurare intelligatur, *l. sicut. 7. §. fin. h. t. l. an ususfructus 63. de usufruct. l. proponebatur 70. de jud.* item revocatione, *l. item 6. in fi. h. t.* An autem solus præfectus universitatis syndicum sine consensu totius universitatis revocare possit, distinctione solet explicari *Bart. in d. l. item § quod si actor. h. t. & plenius in l. actor. nu. 9. ff. rem ratam haberi.* ut si potestas exercendæ actionis ad solum præfectum pertineat, non ad totam universitatem (id quod ex petatur;) eo duntaxat casu, & non alio, jus revocandi syndicum præfecto concedatur: alias vero sicuti in constitutione, ita & in revocatione syndici, totius universitatis vel majoris partis suffragatione sit opus, *Bart. præd. loc. per l. si per epistulam 50. de acquir. hær. c. præsentium 1. de testib. lib. 6. l. si servus manceps 17 § si pupillus de injus actio.* Et hæc quidem de syndico dicta sufficiant: nam cum eorum officium & potestas ipse cum procuratorum munere in omnibus conveniat: reliqua quæ huc pertinent, ex superiore titulo desumi poßunt.

OBSERVATA.

An unus constituat collegium.

N. II. *Nec enim unus constituit*) Universitas in genere (corpus ex pluribus rebus vel personis collectum) vel est rerum vel personarum. Hæc hujus est loci, congregatio plurium personarum, in civili societate simul viventium, ut Provincialium, Nobilium. Est talis & Civitas, Academia, Tribus, Ordo, communitas, Collegium. Cæterum unus quidem non potest constituere collegium, potest tamen retinere, conservare, *l. 7. §. fin. h. t.* Etiamsi enim omnes ex collegio præter unum sint mortui, jus tamen collegii in illum unum recidere solet. & in eo solo Collegii nomen stat, *d. l. 7. § fin.* Hujus effectus est, valere quoque sententiam ab uno consultore prolatam, *arg. d. l. 7. § fin. sub fin. h. t.* item quod is qui unus & ultimus est collegii, de bonis ejusdem disponere possit atque testari: vid. Carpz. *p. 2. c. 6. d. 21. & p. 1 c. 26. d. 3.*

Quæ sint jura universitatis.

Et habent communia jura) Intellige de *rebus ad eorum artem & professionem spectantibus*, quæ tamen *egent confirmatione Principis*, & ejus qui habet jus dandi collegii, die Gilden Gerechtigkeit zu verleihen / quod non nisi jure superioritatis, auß hohen Landsfürstlicher Obrigkeit conferri potest, *arg. l. 1. h. t. l. 3. § 1. de coll. & corp.*

Jurisdictio.

Arcas communes) imò habent & *jurisdictionem* (anomalam) de causis ad collegium pertinentibus cognoscendi, & coercendi collegiatos, *l. f. C. de jurisd.* Item potestatem eligendi magistros opificum die Gildenmeister &c.

Actor & Syndicus ut differant.

Actor etsi distat) Actor extra materiam hujus t. dicitur gestor, qui vice procuratoris est, datus ab eo, qui non potest procuratorem constituere, *l. 11. C. de procur.* Hic verò 1. propriè qui à Syndico ad unam vel aliam causam substituitur, *l. 6. § f. h.* Syndicus enim universalis est universitatis Procurator, actor certarum rerum, & actor dicitur si agat, *d. l. 6. § 3. h. l. 9. rem rat. hab.* defensor si defendat *l. f. § 13. de muner. & honor.* 2. larius actor dicitur qui alias Syndicus, *l. 1. § 1. l. 2. h. t. l. 74. de procurat.* add. Steinhaus *h. n. 2.* D. Mantz. *h. t. n. 11. & seqq.* Ubi notandum, cum Syndicus communi mandato causas & lites universitatis prosequatur, alios ab eo esse Procuratorem fisci (qui vindictam & mulctam judicio persequitur) Administratores rerum civitatis (qui rei nummariæ, pecuniæ & similibus negotiis præsunt) illum qui Curator, Subcurator, *l. 30. de neg. gest.* Tabello, Tabularius, Actuarius, Servus publicus, Magister Civitatis Consul dicitur, & sic deinceps. D. Mantz. *h. n. 16. & seqq.*

An 2. partes univers. in electione Syndici sufficiant.

Nec enim satis est) Putat A. in electione Syndici & reliquorum quæ pertinent ad universitatem quâ talem, non sufficere, ut duæ partes civitatis sint præsentes & consentiant. *Sed hoc manifestè afferitur contra verba l. 3. junct. l. 4. h. t. l. 19. de ad municip. l. 46. de decur.* vid. Nicol. Losæus *de jur. univers. part. 2. c. 1. n. 21. vers. secundo requiritur. item vers. tertio quod sint præsentes.* ubi præterea quæ ad constitutionem Syndici requiruntur optimè exponit, *d. n. 21. & seqq.* Secus itaque in illis quæ non pertinent ad universitatem qua talem sed tanquam singulos, in quibus omnium consensus requiritur, *l. 29. de R. C.* Losæ. *p. 1. c. 3. n. 52 & seqq.* Confer. D. Mantz. *n. 25.* statuentem ubi Syndicus exigitur, regulariter omnes ex univers. esse vocandos, junct. *n. 33. 36. & seqq.* Sed Q. *an in mandato Syndici necesse omnia nomina constituentium exprimere?* Dist. Welenb. 1. inter universitates numerosas & parvas. 2. Inter casum quo Syndicus ad alienandum constituitur, & quando non: ita ut in magnis universitatibus, & ubi non agitur de alienando, omnia nomina constituentium non sint exprimenda; secus verò ubi vel de alienando agitur, *l. f. C. de vend. rer. civit. c. fin. de procurat.* vel etiam extra hunc casum parvæ sint universitates Syndicum constituentes, *l. fin. C. de leg. at.* Ubi & tutores ac curatores, nomine eorum qui sub tutela vel cura sunt, ad constitutionem requiruntur, D. Carpz. *3. resp. 9. n. 15.* Et hæc communis est Dd. sententia, quam approbat & latius exponit Losæ. *d. c. 1. n. 23.* Limitari tamen illa potest ex Nyns. *1. obs. 76. in fin.* ita, ut & in parvis universitatibus sufficiat, si ponatur nomen collectivum, ut Capitul, Gemeinde / Bürgermeister und Rahte etc. Vid. Mynsing. *3. obs. 18.* Beluld. *in dubiat. h. t. n. 27.* Diss. Bach. *in not. h.* & D. Mantz. *h. n. 76.* Autoris sententiam falsam nominans, sed, ut opinor, solida sine ratione. Sufficit quoque mandatum Syndici Civitatis sigillo esse confirmatum, neque opus est subscriptione, Theod. Hopinck. *de jur. sigill. c. 10. n. 81.*

An nomina omnium in ejus mandato exprimenda.

Syndicus originarius eligendus.

N. V. *Cæteroquin ex ipsa universitate*) *arg. c. 1. h. t. l. 4. eod. junct. c. quosdam c. quanto de præsump. fac. l. 1. C. de offic. Præt.* Ratio est quod originarii, si haberi possint, extraneis præferendi. Unde & Assessores Cameræ Imper. ex quolibet circulo sumi debent & præferri extraneis, si modo idonei reperiantur. Ord. Cam. *p. 1. tit. 4. §.* und wo aber. Idemque in hoc illustri Ducatu quoad Officiales in recessu provinciali cautum est.

Plures dari possunt, sed singuli in solidum.

Quod contra cum privatis) Verùm & Procuratores speciales in hoc non differunt à Syndicis. Nam & illi & hi plures quidem dari possunt ad unam causam, sed singuli in solidum tunc dati censentur. Ita enim ipsemet Welenbec. de procuratoribus particularibus supra statuit *tit. præced. n.* ubi & alia adnotavimus vid tamen novissime D. Mantz. *h. n. 51. & add. de procur. q. 13.*

Ad defendendam univers. non quil. de rato cavens admittitur.

Tamen defendi universitatem) Sed cum defensor regulariter non caveat de rato, sed de judicato solvendo, putat Bachov. *in not.* & rectè, hic vel lapsum esse memoriæ, vel errorem typographi, quod Wel. quemlibet ad defendendam universitatem admittat de rato offerentem. Nisi dicas jure singulari ad receptum favore defensionis, *l. 1. § f. h.* vetitum ne caveat de judicato solvendo, ut dictum, Mantz *h. n. 71.*

An universitas possit delinquere.

N. VI. *In casibus criminalibus*) Vid. Mynsing. *d. 1. obs. 76.* Gail. *1. de pac. publ. c. 10. n. 11.* Cæterum Dux hic occurrunt diversæ invicem quæstiones 1. Q. *an universitas possit delinquere.* Et dist. Bart. cum Dd.

communi l. aut facta §. nonnunquam n. 2. 3. & 4. de pæn. inter delictum *in omittendo* & quod consistitur *in committendo*. Illud verè cadit in universitatem, ut si teneatur aliquid facere & omittat, licet per negligentiam & culpam administratorum, *l. 14. C. de SS. Eccles.* [illegible] *procurator. §. tutoribus mandat.* In hoc subdistinguitur. Nam quæ in committendo consistunt, *vel tantùm possunt fieri ab universitate (qua persona quadam ficta & mystica seu ex pluribus naturalibus q. abstracta, quod ab aliis expediri nequeant) ut facere statuta, exercere jurisdictionem imponere collecta*; Et eadem sic quoque verè dicitur delinquere, *Auth. item nulla communitas C. de Episc. & Cler.* Vel non respiciunt universitatem ut talem, sed *veram & naturalem personam requirunt*, ut est homicidium, dolus, inferre vim & metum &c. Et talia propriè non committuntur ab universitate, sed ab administratoribus civitatum vel singulis. Neque obstat *l. 15. §. 1. de dol. mal.* & quod universitas sit quoddam corpus intellectuale, carens animo & intellectu. Nam & universitas dolum & metum committere potest, vel alio modo delinquere, sed non eadem facilitate qua singulares personæ, *Gloss. in d. l. 15. §. 1.* & universitas legitimè convocata & congregata, sustinet vicem personæ, & hactenus delinquere potest & ex delicto obligatur. Secunda quæstio est, *quomodo & quando universitas dicatur delinquere*? Et commun. requiritur, ut probetur 1. universitatem illud delictum commisisse, non singulos: 2. consilio generali, per capita domorum congregato. 3. Communicato consilio. 4. præcedente deliberatione. Vid. Mynsing. *4. observ. 78. 79 & 80* Gail. *2. de pac. publ. c. 12.* & imprimis Nicol. Loixeum *d. tr. p. 4. tot. c.* Betold. *thes. v.* Gemein *n. 311 & in delibat. h. t. n. 16. Dependent verò hac etiam ex. princ. polit. nam aliter cum multitudine aliter cum singulis agendum.*

Syndicus [illegible] mandato speciali.

N. VIII. *Adeo ut etiam juramentum deferre)* Putat Wesenbec. Syndicum nomine universitatis & deferre & præstare posse juramentum litis decisorium, quod semper intelligatur cum libera constitutus, etiamsi hoc non sit expressum, vid. Gail. *2. obs. 7.* Verùm rectius dicitur, opus esse speciali mandato, ut requirere videtur Bachov. *h. in not.* & Loix. *d. p. 2. c. 1. n. 76.* & expressè probatur per *l. 14. §. 1. de jurejur.* vel quod juramentum universitati delatum potius præstandum sit ab aliquibus Senioribus universitatis, *Os. C. p. 2. l. 10.* Joach. à Beust. *de jurejur. n. 71.* Mantz. *h. t. n. 77.* qui & de aliis huc spectantibus quæstionibus est consulendus.

TITULUS V. C. 2. 19.

De Negotiis gestis.

1. *Ex qua æquitate detur negotiorum gestorum actio.*

ET hæc quidè in se habent in iis qui mandato domini res procurant alienas: sed quia sæpenumero fit, ut eorum qui propter subitam festinationem nulli demandata rerum suarum cura peregrè profecti sunt negotia præ cæteris amici ultro suscipiant: ne aut neglecta pereant, aut absentium non defensi bona possideantur, placuit utilitatis gratia, mutuum ex [illegible] gestu quasi ex contractu obligationem nasci: atque [illegible] actiones constituere quæ appellantur Negotiorum gestorum quibus ultro citroque agi possit de eo quod alterum alteri [illegible] stare oporteret: idque receptum est, quia plerumque homines eo animo peregrè proficiscuntur, quasi statim redituri nec ob id ulli curam suarum rerum mandant, deinde [illegible] causis [illegible] eveuientibus, dum ex necessitate diutius ab[illegible], h[illegible] modi eorum negotia depereunt in quantum esset, quæ [illegible] deperirent, si vel is qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam haberet esse actionem de eo, quod erogasset de suo impendisset: vel is cujus negotia gesta essent adversus eum q[illegible] gessisset, nullam [illegible] te agere posset. *l. ex maleficiis, 4 § si quis ab eventu, [illegible] de actio. Instit. de oblig. quæ ex quasi cont. in prin l. 5. & 2. h. t. vide Paull. tit 4.*

2. *Edictum de Negotiis gestis.*

De his ergo ita cavit edixitque prætor: SI QUIS NEGOTIA ALTERIUS, SIVE QUIS NEGOTIA, QUÆ CUJUS CUM IS MORITUR FUERINT, GESSERIT. JUDICIUM EO NOMINE DABO. *l. 3. in prin h. tit.*

3. *Quis actione negotia gerere possit*

Hæc verba, SI QUIS, accipienda sic sunt, SIVE QUÆ ut plerunque, *l. 1. de verb. signif.* nam & mulieres actione Negotiorum gestorum agere & conveniri non dubitatur, *d. l.* [illegible] *in prin.* quamvis a procuratione judiciali arceantur, *Labenam 18 C. de procur. l. 1. §. 2. sup. de postul.* Pupillus si negotia gessit, post rescriptum D. Pii conveniri potest in id quo factus est locupletior: agendo autem, compensationem ejus quod gessit, patitur, *d. l. 3. in prin.* ex re enim actio est, unde & pupillus prodigusque obligantur, *l. furiosus 46. de oblig.* NEGOTIA.) Negotium ab Ocio, addita negativa & contraria Ne, dictum ac compositum videtur, & propriè significat in jure, id quod inter duos actum est, *l. si in area 35. de condict. indeb.* ALTERIUS) Erad hoc utrumque sexum refer. ABSENTIS.) videlicet & ignorantis. Nam si sciens aut præsens sit, patiaturque suum negotium fieri, mandasse videtur, *l. si remunerandi, 6 § qui passus. l. qui patitur, 18. Inst. mand.* eoque cum Mandati nascitur utraque actio, quæ hunc antecedit.

4. *Quot modis* [illegible] *quando-*

Alterius autem negotia multis modis dicuntur. *vide gl. in l. si pupilli 6.* [illegible] *item quæritur ad verb. ipso gessit ubi lun. 2. num 4 hoc [illegible] f si patronum 9 C eod tit. Cyn. in l. si mandatum [illegible] Goed.* vel quia verè res cujusquam est, *l. nego si 5.* ut cum à debitoribus meis exigis, aut creditoribus solvis *l. qua utilitate 45* [illegible] *l. cum pecuniam 4* vel quia contemplatione [illegible] gestum est. *l. si pupilli 6. § sed si ego 5.* vel quod eatum [illegible] *d. l. 6. item quæritur,* & quæ duo postrema obtinent, cum vere aut in consequentiam negotium pertinet ad eum, cujus respectu gestum est, aut qui ratum habuit, *d. l. 6. § 5. cum seq.* Nam si cum [illegible] eadem putares, subsidium [illegible] feceris, [illegible] vere [illegible] hæres, [illegible] negotium [illegible] modo ad [illegible] res pertin[illegible], [illegible] m, *d.* [illegible] &

5. *Quibus competat hæc actio.*

Unde satis ap[illegible] eum [illegible] e, qu[illegible] negotium esse gestum interfuit, *l. mandatu 46* sive principaliter [illegible] sive consequentiam: ut cum nomine tutoris, curatoris, procuratoris, [illegible] pupillares minorisve administrantur, ne illi negligentiæ nomine judicio Tutelæ & mandati conveniri possint. *ad l.* [illegible] *d. l. mandatu.*

6. *Hereditarias res etiā* [illegible] *gerā.*

His verbis, SIVE QUIS NEGOTIA QUÆ CUJUS CUM IS MORITUR FUERINT, significatur temp[illegible] quo quis post mortem alicujus negotia gessit. De quo [illegible] necessario edicere quia neque testatoris jam defuncti, neque hæredis qui nondum adiit hæreditatem res gesta videtur: *l. 3.* [illegible] *hæc verb.* Sed quia detrimentosum erat, inchoata negotia morientium deseri, quod ne facere quidem debet gestor *l. nam & Servius 21.* ideo qui hæreditaria curat, videtur quodammodo hæreditatem, quæ [illegible] actum [illegible] pl[illegible]: *si quis, [illegible] de usuc. l. mortuo, 2* [illegible] sequitur [illegible] ligari. Ne refert, an etiam pupillus hæres existat. nam id æs alienum cum cæteris hæreditariis oneribus ad eum transit. *d. l. nam & Servius § 1.*

7. *Has actiones esse transitorias.*

Neque id mirum videri debet, cum & in hæredes & contra hæredes transeat hæc actio. *l. 3. §. hæc autem actio, l. successivis eum seq. l. fin. autem 20.* GESSERIT) Gerere significat omnem rem sine verbis, hoc est, absque promissione atque conventione factam *l. Labeo 19. in fin de verb. signif. l. pro hærede gerere 20. de acquir. hær.* etiamsi nonnunquam gerere & facere æquivoce sumantur, *l. licet 58 de verb. signif.* Quare qui citra conventionem mandati alterius negotia sponte administrat gerere propriè dicitur. *l. 1. 2 l. si ergo, 24. h. t. l. cum, 5. §. gessisse de administra. tut.*

8. *Adversus necessariò gestorem non dari directam.*

Dico autem, Sponte & nulla necessitate cogente. Nam qui coactus [illegible] ut tutor posthumi. *l. cum pater 29.* hæredes tu[illegible] ve, qui inchoata perficere coguntur. *l. 1. C. de hær. tut. l. furti* [illegible] *§. 1 de his quæ not infam.* vel necessitatis suspicione. ut qui [illegible] existimat se mandatum curamve suscepisse, *l.* [illegible] *C.* [illegible] vel justam servitutem mandanti servisse, *l. ut qui natur* [illegible] *l. si liber olim 3.* cum aliorum negotium gerere non videntur, qui sum gerit, sibiq; consulere vult, ex verbis hujus edicti, directo non tenetur.

9. *De dir. & utili neg. gest. actione.*

Sed quia hoc casu aliæ possint deficere actiones, Utile, ex interpretatione prudentium, Negotiorum gestorum judicium etiam tunc datur: *d. l. curatoris, l. qui-quid C. arbit. tut. d. l. 3. l. 9. l. si liber 5. d. l. cum pater*, quod quidem effectu idem hic est cum actione directa, *l. antepen. h. t.* nam & hæc extraordinaria erat, & sine solennium actionum civilium forma Prætoris ex edicto concipiebatur. *Theoph. Instit. de fure. sub.*

10. *Quæ in actionem veniant.*

Unde intelligi potest, hanc actionem Prætoriam esse, *d. l. 3. in prin. ubi gloss. ad verb. ait prætor hoc t. l. adversus. ubi gl. ad verb. tenuiter C. eod.* JUDICIUM DABO.) Itaquidem, ut Directam actionem ei tribuat, cujus negotium Gestum est, & ad quem præcipuè tota gestio pertinet: qua actione postularet, ut actus sui rationem gestor reddat, *l. 2. hoc tit.* & eo nomine condemnetur, in id quod vel non gessit, vel ut non oportuit gessit, puta dolo *l. 6. sed si quis.* aut culpa, quamvis levi, *d. l. 6. §. videamus, cum ll. seq. l. tutor 20. C. eo.* nam de casu & improviso eventu non tenetur, sed sufficit utiliter inchoasse, *l. sed an ultro 10. §. 1.* nisi in culpa hæreat, *l. si negotia 11.* Sed & in actionem hanc venit, ut gestor restituat, quicquid ex gestu quocunque modo est acquisitum, *l. si autem 8. §. 2.* una cum usuris. *d. l. atqui natura 19. fin. l. liberto, 31. §. qui aliena. 3. l. 37. §. 1.* & fructibus. *d. l. 19. §. 1.*

7. *Quid in contraria.*

Contrariam verò actionem dat Prætor gestori, quamvis compensationis etiam beneficio contentus esse possit: *d. l. 8. §. pupillus, l. si autem 8. §. si quacunque 1.* qua quidem actione consequitur, quicquid impendit vel administratione gestionis, item ut liberetur ab obligatione: ut indemnitas rerum administratarum, & quicquid abest, vel eo nomine abfuturum est, præstetur, *d. l. 2. in fine l. atqui 19. §. pomulium. cum ll. seqq. l. si quis, 24. d. l. liberto. 31. §. liberto. 4. l. qua utiliter 45. hoc tit.* Iniquum enim esset, suum ipsi officium damnosum existere, *d. l. quæ m... §. final. l. quemadmod. testament. aper.* quod de iis accipiendum est, quæ sine culpa *l. fine 22.* utiliter accurantur, quamvis eventus non ex opinione gerentis, sed communi quodam hominum judicio, juxta rerum, temporum & personarum qualitatem expendere, & ex bona fide metiri convenit, *l. sed an ultro 11. §. 1. hoc tit.* Est etenim hæc bonæ fidei actio, *l. quia 7. hoc tit.*

O B S E R V A T A.

Vox negotii quot modis accipiatur.

III. *Negotia*) Negotium 1. *generalissime* significat quodcunque inter duos actum, *l. 33. de cond. l. 1. §. 3. negotii contrahendi, de pact.* 2. litem. *l. 7. C. de jur. & fact. ignor.* unde negotia liberalia, *l. 40. C. de liber. caus.* negotium status, *l. 5. C. de ord. cognit.* 3. quemcunque contractum seu conventionem, *l. 48. de O. & A.* 4. aliquandò strictius in contractibus innominatis, causam sive dationem vel factum, *ut l. 15. de præscript. verb.* 5. frequentissime denotat, quod quis sine mandato gerit vel administrat, & est q. contractus, *l. 22. l. 10. §. 1. h. t. l. 13. C. eod. §. 1. de oblig. quæ ex q. contr. or.* Et hoc ultimo modo hic potius accipitur, quàm, ut Wesenbec sentire videtur, pro eo quod inter duos actum. Neque enim hoc omne statim est neg. gestio h. loci.

Quomodo pupillus obligetur ex negot. gestione.

Pupillus si negotia gessit) Dicitur hoc in *l. 3. §. 4. h. t.* quam malè corrigit Cujac. rectè refutatus Bachovio *in comm. ad h. t. c. 3. n. 2. & in not. h.* Sic enim & institor esse potest pupillus, *l. 7. de instit. act.* & subest hic ex re actio, ubi ex facto obligatur, & consensus ejus ne quidem requiritur, *l. 46. de O. & A.* (unde etiam est quod & furiosus possit negotia gerere & prodigus, *l. 3. §. 5. h. junct. d. l. 46.* Accedit quod æquum sit, alterius conditionem ex facto pupilli non reddi deteriorem. Ubi itaque negotia gessit pupillus, rescripto D. Pii ex naturali illa obligatione oritur actio contra eundem. Proinde si e.g. 50. in rem suam vertit, conveniri potest, *l. 6. h. t.* Si verò culpâ suâ fortè 50. perdidit, alia autem 50. solvit creditoribus domini; tum quidem à domino ad 50. quæ perdidit, conveniri nequit, quod secundum Edictum D. Pii tum demum teneatur, si sit factus locupletior, *d. l. 3. §. 4. h.* si verò ipse pupillus agat negot. gestione contrariâ ad posteriora 50. tum patitur compensationem priorum 50. quia licet naturalis obligatio pupilli jure civili non pariat actionem, & demùm ex Edicto D. Pii is possit conveniri, quando factus locupletior: tamen eodem jure naturalis pupilli obligatio hunc effectum habet, ut agenti possit opponi compensatio. Et hæc est recta interpretatio *d. l. 3. §. 4. h. t.* ex principiis naturalis justitiæ desumpta, quibuscum quoque D. Mantz. convenit, *h. n. 5.*

Ignorantia negotia geruntur.

Absentis videlicet & ignorantis) In negot. gest. duo requirit Autor. 1. ut fiat alio absente. & 2. ignorante. Verùm ignorantia sufficit. Forma enim specifica negotiorum gestionis ut q. contractus est, quod fiat altero ignorante, *l. 5. de O. & A.* Treutl. 1. *disp. 10. th. 1.* D. Bachov. *ibid. lit. c. v. sed & jungatur*, Nam propriè hic non est consensus, sed (positivà, juris fictione) fingitur ignorantis consensus, ob utilitatem quam is inde habet. Deinde etiam præsentis negotia geri possunt eodem ignorante. *arg. l. 41. h. t.* Alio tamen sensu & scientis negotia geruntur. Nam negotium gestum dici potest aliud ordinarium (quod plerunque & communiter fit) aliud extra ordinarium: illud, cum ignorantis & absentis negotia geruntur, hoc, ubi & scientis quandoq. etiam præsentis *l. 41. l. 45. h. l. 16. C. eod.* sed nec tacitè quidem mandantis *l. 14. l. 40. l. 53. mand.* Add. *observata ad n. 8. h. t.*

Alterius negotium dicitur 1. cura & sollicitudine.

N. IV. *Multis modis dicuntur*) Secundùm Gloss. *in l. 6. h. t.* alterius negotia hic dicuntur 4. modis 1. *Cura & sollicitudine*, ut si illud negotium gesseris cujus cura & sollicitudo ad me pertinet, cujus tum sum tutor, curator, procurator. Et tunc ego teneor, si mei contemplatione feceris, verus autem dominus obligatur utiliter, *l. 6. in pr. h. t.* 2. *Re ipsâ*, cum in rem meam impendisti. Et tunc *si alieno nomine* gessisti, teneor ego (sive nomine meo gesseris, sive alterius, ad quem res nullo modo pertinet) *l. 4. h. t.* 3. *Si nomine tuo*, ut si impendisti in rem meam, quam tuam credidisti, distinguitur. Nam impendisti vel faciendo vel reficiendo. Illo casu si bonâ fide, datur tibi exceptio non actio, si malâ fide, neque exceptio neque actio, *§. ex diverso. de rer. divis. l. 14. §. 1. comm. divid.* Hoc casu si bonâ fide, expensæ necessariæ & utiles repetuntur, officio judicis: si malâ fide, necessariæ eidem repetuntur, tolluntur, *arg. l. domum. 5. C. de rei vind.* 4. *Ratihabitione, l. 6. §. item quæritur h. t.* Ubi distinguitur, an ratihabitio contineat quodammodo *cum ipso actu*, an secus. Illo enim casu mandatum contrahitur, & oritur mandati actio, *l. 60. de R. I.* ob consensum concomitantem, & quia tum voluntas domini est causa gestionis. Hoc casu subest quasi contractus, negotiorum gestio, quia tum ipsa gestio, & nulla alia est causa voluntatis, *d. l. 6. §. item quæritur.* Diss. Befold. *in delibat. h. t. q. 28.* putans accedente ratihabitione mandati directè dari actionem mandati, quod ratihabitio mandato æquiparetur: cum tamen ipsemet hanc regulam ex fictione juris falsum (translativâ) procedere contitetur *thes. pr. v.* gen... *n. 34.* & aliis fit transitum 4. Ipso gestu, ut si meo creditori solvas, *l. 39. h. t.* Conf. Bach. *in comm. h. t. c.* Wesenb. *h. n.* D. Mantz. *h. t.* istam Glossæ sententiam optimè exponentem *n. 60. usque ad 73.*

Quomodo post mortem...

N. VI. *Tempus illud quo quis post mortem*) Verba Edicti *in l. 3. pr.* habent: *Si quis alterius vel quæ cujusque bona cum is moritur fuerint, &c.* Ergo potest quis etiam post mortem alterius negotia gerere. Et huc pertinet quo-

quis hoc edicto teneatur.

hac in materia propriè Calumniator perhibetur, qui pecuniam, ut alicui negotium faceret vel non faceret, accepit. *Paul d.c. 5.* Ergo, QUI CALUMNIÆ CAUSA NEGOTIUM FACERET. (agendo videlicet) AUT NON FACERET. puta; quia maluit reus aliquo dato se calumniis redimere, potius quam malitiosa lite divexari, *l. penult. h. t.* vel quoniam ab alio ejus rei gratiâ pecunia data est: *l. si quis 7.* nam quocunque modo quis depectus est, hoc est, non transigendo, sed sordidis concussionibus pecuniam accepit, ut calumniosa lite abstineret, hoc edicto comprehenditur, *l. 5. §. penult. 2. l. 3.* PECUNIAM.) aut aliud pro pecunia qualecunque compendium, *l. 1 § fin. l 2. l. 3.* ACCEPISSE DICETUR, sive ante, sive post cœptum judicium: *l. 1 §. 1.*

4. Cur adversus quem, & ad quid detur hæc actio.

Nec interest, utrum post pactionem faciat alicui negotium, an desistat, *d.l. 3.§ 1.* INTRA ANNUM) sicuti Prætoriæ & pœnales dari solent, *§. 1. Instit. de perpet. & temp. act. l. in honorariis. 35 de actio l. jusjurandum 34. §. qui jusjurandum cum seq. in verb. de calumnia. de jurejur.* IN QUADRUPLUM.) exemplo actionis Vi bonorum raptorum *d. 5. hoc est §. quadrupli Instit. de actio.* cui rei persecutio inest, *in prin. Inst. de vi bonor. rap.* nam species quædam manifesti furti & rapinæ est, per fraudem & calumniam innocentes expilare. POST ANNUM IN SIMPLUM) quia rei persecutoria. ACTIONEM DABO.) non modo ei qui dedit, sed etiam illi, cujus nomine datum est: *d. l. si quis 7.* adversus eum qui calumniæ faciendæ aut non faciendæ causa accepit. Hæredi hæc actio non datur, quoniam pœnalis est: eique sufficere debet, quod eam pecuniam, quam defunctus dedit, per condictionem ob turpem causam repetere possit, *l. 4. h. t.* neque in hæredem competit: quia Pœnalis, nisi in id quod ad eum pervenit. Constitutum enim est: Turpia lucra etiam ab hæredibus extorqueri posse, licet crimina morte extinguntur *l. 5. h. t.*

5. Aliæ pœnæ & actiones quæ in calumniatores competent.

Præter hanc actionem etiam aliæ ex legibus adversus calumniatorem competunt. Nam cum ista concurrit Condictio ob turpem causam: si modo sola accipientis, non etiam dantis turpitudo versetur. Nam & si dantis, melior erit conditio possidentis, neque agi condictione poterit *vide infr. de condict. ob turp. caus.* si tamen condictum fuerit, tollitur hæc actio, & contra nam cum utrique insit rei persecutio, bona fides non patitur bis idem exigi, *l. 5. §. 1 h. t. l. bona fidei 57. de reg.* Deinde & condictio competit ex constitutione Antonini, quæ judici vel adversario pecuniam extra causam transactionis dari prohibet, & eo litem perire jussit, *l. 1 §. 2. h. t. l. 1. C. de pœn. judic. qui male judic.* Super hæc civilia judicia, etiam criminaliter ad vindictam publicam calumniatores rectè postulantur Nam tenentur pœna Talionis, etiamsi inscriptiones hodie non usurpentur: *l. fi. ubi gl. tot. tit. C. de calum.* item lege Julia repetundarum, *l. 3. §. 1 tot. l. lex Julia. §. ult. ad L. Jul. repet.* & judicio Concussionis *l. 1. & 2. de concuss.* nonnunquam etiam lege Julia de Vi privata ex S.C. Volusiano, *Lex S.C. ad l. Jul. de vi privat.* & l. Cornelia de Falsis, *l. 1. §. 1. ad l. Cornel. de fal. l. 2. de concuss.* ac si capitalem fraudem cuiquam machinati sunt, de Sicariis: *l. 1. in prin. ad l. Corn. de sicar* postremò S.C Turpiliano, *l. 1. & tot. tit. ad S. C. Turpil* atque ita varie pro modo & varietate delicti plectuntur, *l. ultim. C. de calumn. l. 1 § calumniatoribus, ad S. C. Turpil.* In quo illud fere servari videre licet: ut quod periculum calumniator dolosè reo creabat, id quasi per talionem in ipsius caput revertatur, *l fin & tot. tit. C. de calumn. De pœna calumniatorum, vide etiam Deut. 19. & 22.* Olim calumniator publico in judicio l. Remmia tenebatur: ex qua frons dentium in uri literâ consuevit: cui integræ frontis testis opponitur: *l quæsitum 13. de testib* sed ea pœna constitutionibus sublata est, *l si quis 17. C. de pœn.* Calumniæ verò in privatis aut extraordinariis judiciis damnatum, extra ordinem fuisse coercitum, Paulus ostendit, *l. 1. tit. 6. fac. l. 1. §. 1 ad S. C. Turpil. d. l. quæsitum.* quod nunc usitatissimum est: postquam veteribus accusationum solennibus antiquatis extra ordinem de criminibus cognosci per constitutiones cœpit, *l. ordo. 3. de pub. jud. l. lex. 7. §. ultima ad l. Jul. repet.*

OBSERVATA.

Calumn. vox æquivoca.

N. III. *Sed in hac materia*) Calumniari & calumnia dicitur à calvire, i.e. decipere, frustrari. Latissimè autem calumnia denotat *quamvis malitiam,* ut *proœm. inst. calumniantium iniquitatem.* Hinc trahitur ad res judiciarias, & 1. latè significat quamlibet fraudulentam vexationem in judicio, sive fiat agendo, sive excipiendo, sive in criminalibus sive civilibus, *l. 1. & t. t. ad S.C. Turpill,* 2. strictè quando acceptâ pecuniâ in civilibus, agendo vel excipiendo quis vexatur, *l. 7. h. t. l. 2. §. 1 eod.*

Actio de calumn. vi bon. rapt. ut conveniant.

Exemplo actionis vi bonorum raptorum) Convenit hæc actio de calumnia cum actione vi bonorum raptorum, in duobus 1. quod utraque intra annum detur in quadruplum, post annum in simplum, 2. quod utraque non sit purè pœnalis, sed mixta, in qua insit rei persecutio, Dd. comm. *per l. 15. §. 1. h. t.* ubi dicitur alterutram actionem sufficere, h.e. si prius actum fuerit rei persecutoriâ, tantùm superesse pœnalem in triplum, unde necessariò sequitur, per actionem quadrupli consumi condictionem simpli.

Cur non detur hæredi.

N. 4. *Heredi hæc actio non datur*) Actio in simplum ipsi datur, utpotè merè persecutoria, non verò in quadruplum *l. 4. h. t.* Hujus autem ratio non est, ut A. putat, quod sit pœnalis hæc actio, quia & pœnales hæredibus non denegantur, *§. 1. I. de perpet. & tempor. act.* sed, ut rectè adnotat Bachovius, specialis hujus actionis ratio; nimirùm quia *d. §. 1.* regulam saltim continet, à qua actio injuriarum, & quæ *similem naturam habet,* quo & hæc refertur, excipitur Bachov. *h.* Sufficere ergò heredi debet, quod pecuniam à defuncto datam possit repetere condictione ob turpem causam, *l. 4. h.* D. Mantz. *h. n. 29.*

Quomodo concurrat cum condict. ob turpem causam.

N. V. *Tollitur hæc actio*) Sed nec hoc indistinctè verum. *Nam actio rei persecutoria & mixta pœnalis concurrunt quidem electivè, sed inde tamen una alteram non semper tollit in universum. Vel enim prius actum est actione mixtâ, & planè tollitur rei persecutoria; quod qui egit actione mixtâ rem fuerit consecutus. Vel prius rei persecutoriâ actum, & tollitur mixta non in totum, ut Autor sentit, sed quatenus rem continet, quam actor rei persecutoria jam erat consecutus.* Ideoque licet quis in hypothesi prius egerit condictione ob turpem causam, tamen in universum non tollitur actio in factum de Calumniatoribus, quia per condictionem saltim pecunia fuit repetita sive res, pœna autem superest; ideoque quoad triplum illam adhuc competere rationis est, *arg. l. 7. §. 1. commod. l. 34. §. 2. l. 41. §. 1. de Obl. & Act.* hocque casu non idem bis petitur, ut contendit Noster, sed diversum quid à re ipsa jam petita, pœna scil. in petitionem venit Conf. Bachov. *in not. h.* ubi ad contraria respondet, qui tamen sibi parum in hoc constare videtur, dum in *comment. h. t. n. 11.* approbat sententiam Bartoli, putantis si prius actum Conditione, sublatam esse totam actionem pœnalem, speciali ratione quod sit extraordinaria, quodque habeat, quod imputet sibi, quod prius Condictione fuerit usus. Verùm non censendus est JCtus *in d. l. 5. §. 1. h. t.* à ratione juris, quæ est in textib. supr. alleg. divertisse, & à natura hujus actionis pœnalis, ex eo accidenti, quod prius actum fuerit condictione, recedere voluisse. Nec absurdum, si prædicta distinctio, utrâ scil. actione prius fuerit actum, hic subintelligatur, aut ex aliis huic conjungatur, *arg. l. 24. de legib.* Conf. Mantz. *h. n. 36. & seqq.* Illud nunc addi meretur, quod discrimen sit elegans inter actionem de calumnia & injuriarum, hæc ex ipsa actione fluens non nisi finitâ accusatione, tanquam matre sua, intenditur, *l. si quidem C. de injur.* sed illa unà cum causa principali ventilatur, causâ autem finitâ intendi non potest. *l. 1. C. de Calum. l. 1. de publ. judic.* Farinac. *op. crim. q. 16. n. 30.* Anton. Matthæi, *de crimin. t. 17. c. 3. n. 2.* Dn. Brunnem. *in d. l. 1. de calumn.* Dn. Mantzius *p. decis.*

DIGE-

Septem causæ Restitut.

paulò aliter hæc explicantem Bocerum *class. ult. disput.* 20. *th.* 19. Septem itaque sunt causæ restitutionis in integrum, nec diversa ab his, quæ ex generali clausula: si qua mihi justa causa esse videbitur *l.* 1. §. 4. *ex quibus caus. major. Quam sine dubio intelligit Autor, per aliam causam, quæ, ut inquit, excusationem meretur, quæ spectat ad restitutionem majorum, & sit propter absentiam vel aliud justum impedimentum, d. l.* 1. §. 1. *& seqq adeoque ex principiis justitiæ universalis.* Non malè tamen prædictæ causæ restitutionum ita possunt distingui, ut

Communes.

sint vel *Communes*, vel *propriæ & singulares*. Illæ & majoribus & minoribus competentes, sunt quinque, *metus, dolus malus* quo referri etiam potest *alienatio judicii mutandi causâ facta, l.* 1. *de alien. jud. mut. causa fact. justus error, justum impedimentum & capitis minutio.*

Propriæ.

Harum, minoribus tantum comparatarum unica est, ætas minorum, *t. t. de minor.* Cæterùm in o-

Duo requisita in omni Restit. in integr.

mni restitutione in integ. duo requiruntur. 1. *læsio.* 2. *justa causa læsionis.* Circa illam quæri solet, *an restitutio in integrum fiat ob rem minimam?* Quod regulariter ne-

An fiat ob rem minimam.

gatur 1. *per l.* 45. *h. ubi ad hoc, ne rei majoris præjudicium fiat, causæ cognitio requiritur, arg. l.* 21. *de except. quod restitutoria remedia, utpote contra jus civile competentia, l.* 35. *de obligat. & Action. ob rem minimam facile non concedenda, l.* 9. §. *fin. l.* 10. *l.* 11. *de dol. mal.* 3. *quod possit alias præjudicium fieri rei majori.* Idque extra ordinem ita constitutum est ob rei (minimæ) vilitatem, *per d. l.* 4. & simpliciter in omnibus restitutionum causis obtinet. Neque distinguendum cum Bachovio *ad Tr. h. disp.* 11. *th.* 2. *B. & in comm. h. t. p.* 946. an restitutio prætoria competat officio judicis nobili (ut ex Edicto de majoribus & Edicto de minoribus) an jure actionis & quasi ordinario expediatur: quia utrobique ratio *d. l.* 4. apertè militat. Secus autem est, ubi quæritur de restitutione non prætoria, sed quæ aliàs jure communi dari solet, §. 16. *de rerum divis. l.* 22. *in fin. pr. de damn. infect.*

Datur læsis.

N. II. *Nec modo ipsis*) Datur restitutio læsis, quia hi *subjectum restitutionis* in integr. constituunt. Aliis

Et successoribus.

tamen quoque concedi nonnunquam potest, non quidem directò ex causa læsionis, sed successionis. Successio autem hæc vel universalis est vel particularis. Successori universali aut qui pro tali habetur, quin detur, indubium est, ut hæredi, cui hæreditas est restituta ex SCto Trebelliano; patri, qui filiifamil. intestato defuncti castrensia bona occupavit &c. per *l.* 6. *h. t. l.* 2. *l.* 4. *C. de tempor. in integrum restit. l.* 14. §. 2. *in fin. l.* 16. §. 2. *quod met. caus. l.* 13. *de dol. mal. l.* 18. §. *fin. l.* 24. §. 1. *l.* 44. *de minor.* Sed & Successori particulari datur, ut cessionario & fidejussori, nonnunquàm *l.* 7. §. 1. *de except.* de quibus latius in seq. Jung. Mynsing. 4. *obs.* 19. *n.* 5. & 6. Bachov. *ad Treutl. h. th.* 2. *D. v. non item, & seqq.*

Examinatur genus Restit.

N. V. *Redintegranda res vel causa actio*) Verùm genus hujus descriptionis ambiguum videtur. Per actionem enim intelligi potest & facultas s. jus impetrandi rei redintegrationem: & factum ipsum redintegrationis seu restitutionis, *arg. l.* 2. *C. In quib. caus. in integr. restit.* quæ per actionem latè sumtam impetratur à judice & expeditur. Nisi dicatur, Paulum, cujus est illa definitio, 1. *sent.* 7. verbum Restitutionis accepisse pro *petitione restitutionis*: quo sensu dici potest jus persequendi in judicio. Restituere hoc loco (relatum ad illum, qui jus sc. facultatem restituendi habet) significat aliquid in statum priorem reponere. Hinc restitutio in

In genere quid.

integrum in genere est *in integrum statum repositio vel reductio.* Fit autem hæc vel ex gratia, vel ex justitia & per judicium, hincque alia est *Gratiæ, alia Justitiæ, l.* 1. §. 10. *de postul.* Illa, quâ damnati ex indulgentia Principis in integrum restituuntur, atque pristinum honorem,

Est gratiæ vel justitiæ.

famam & bona sua recipiunt, *l.* 1. *C. de sentent. pass.* Hæc, quæ ob læsionem bonorum, ex causa justitiæ & æquitatis judicio tribuitur: & iterùm duplex est. Civilis seu *Ordinaria*, & *Prætoria* seu *Extraordinaria*. Ci-

Hæc vel civilis.

vilis, quæ ex jure civili descendit, cujusmodi in *l.* 33. *de re judic. l.* 31. *de jurejur. l.* 3. *C. ex quib. caus. maj. l.* 2. *C. de rescind. vend.* Prætoria, quæ jure Prætorio introducta

Vel Prætoria.

est. Unde patet hic agi saltim de certa specie restitutionis sc. Prætoria, quæ Autori definitur, eoque à cæteris distinguitur. Retineri autem hæc definitio potest. Nec

Quæ rectè ab A. definita.

Placent illæ *Mauritii & Oddi*, quod sit repositio in pristinum statum: vel ad jus pristinum reductio: quas admittit Bachov. *ad Tr. h. th.* 1. *B.* Sunt enim generis æquivoci, competentes & restitutioni gratiæ, ordinariæ ex jur. civili, spoliatorum & similibus. Jung. Idem *in proœ. h. p.* 947. Cæterùm colliduntur in Restitutione in

Colliduntur duo jura in principiis Restitut. ...

integrum semper duo diversa jura. Is qui in captionem incidit, jure legitimo tenetur, exemplo ejus qui coactus adivit hæreditatem, *l.* 21. §. 5. *quod met. caus.* Idem verò meliori, 5. *Ethic.* 14. *l.* 31. §. 2. *depos.* obligatus non est, quod coacti libera non fuerit voluntas. Neque tamen juris semel constituti ratio admittit, ut actus juxta id gestus pro nullo sit: neque etiam æquitas patitur captiones, ut quis v. c. ex delicto (quale est metus incussio) contra principia Ethica lucrum sentiat, *l.* 36. *h. t. l.* 116. *de R. I.* Intercedit ergò Prætor, ceu viva vox legis, *l.* 8. *de I. & I.* & temperat duritiem juris, per adhibitam aliquam circuitionem, viâ extraordinaria: dum instituta causæ cognitione, *l.* 3. *h.* factum cum omnibus circumstantiis, seposito legitimo jure, juxta æquum & bonum examinat. Ubi itaque cognovit, non fuisse liberrimum consensum, v. c. ejus qui hæreditatem adivit, dat ipsi abstinendi potestatem, *d.* §. 5. & itaque in pristinum statum reponit. Satisfacit autem sic minimùm juri legitimo exindè, quod aliud sit illud, aliud jus æquum, & æqui melius, *d.* 5. *Eth.* 14. *d.* §. 2. *de pos.* & quod unicè in restit. intenditur & obtinetur, *l.* 1. *de min.* Quando ergo æquitas est juris positivi correctio, 5. *Ethic.* 10. juri legitimo suam autoritatem relinquit Prætor, & aliter saltim statuit ex principiis à justitia benigna, (naturali æquitate, *d. l.* 1. *de min.*) sibi assumptis; Adeoque jus legitimum illud non tam corrigit, quàm temperat & moderatur, *l.* 1. *h. junct. l.* 7. §. 1. *de just. & jur. l.* 1. *de min.* Denique notandum hic venit, quo sen-

Restit. esse rem extraord.

su jure Romano extraordinarium remedium sit Restitutio. Dicitur autem quid extraordinarium remedium ferè tripliciter: (1) ratione processus scil. modi procedendi. Ita actio furti, quæ civilis, si instituatur criminaliter, dicitur id fieri extraordinariè, *l. f. de furt. l. f. de injur. l. ult. de pr. del.* (2) ratione solennitatis. Sic olim omnia judicia erant ordinaria, quo fiebant ordinariè penes judicem pedaneum, hodie coram magistratu fiunt, & sunt extraordinaria, §. *f. de interd.* 3. ratione causæ efficientis, scilicet originis. Hoc modo omnes actiones dicuntur esse ordinariæ, quæ causam efficientem & originem jus civile habent, *arg.* §. 3. *I. de act.* Extraordinaria verò sunt, quæ non ex jure civili sed Prætorio originem habent, & sic quoque in integrum Restitutio, *l.* 35. *de O. & A. l.* 16. *de min. l.* 14. §. 2. *quod met. caus.*

(: † :)

TITU-

TITULUS II. C. 2. 20.

Quod metus causa gestum erit.

1. *Edictum de metu & ...*

HOc in titulo de ea specie tractatur, cum quis restitui in integrum petit, quia Vi Metuve coactus sit aliquid facere. Cum enim etiam qui vi metuve cogitur consentiat, *l. si mulier 21. § pen. h. t. vide Raul. h. t. s. 7* quia eligit ex duobus malis quod minimum est, & mavult contrahere quam interfici *Arist. lib. 3. Ethic.* vel aliud gravius malum pati: ideò contractus metu factus, jure civili quasi consensu intervenit, valet: nec de eo quicquam antiquis legibus cautum erat: ut extraordinario Prætoris auxilio fuerit opus: quod in rebus civilib. & politicis usum etiamnum suum habet. In spiritualibus porrò ea subtilitas hodie non attenditur, sed simpliciter vi metuve gesta pro nullis habentur. *Auth. sacramenta puberum. ubi Jas. n. & 43. C. si adver. vend. & in l. interpositas n. 2. C. de transact. Panorm. in c. de mulieribus, & c. cum locum n. 2. & 6. c. veniens n. 3. de sponsal. Hyp. sing. 1 7 Guid. pap. sing. 0 9*

Edicti verba sunt: QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT; RATUM NON HABEBO. Olim ita dicebatur.

2. *Differentia inter vim & metum.*

QUOD VI METUSVE CAUSA. Vis est majoris rei impetus qui repelli non potest, *l. 2 hoc titul.* ut cum inevitabili violentia chirographum, pecunia, &c. alicui eripitur. Hujus autem fiebat in Edicto mentio, propter necessitatem impositam, voluntati contrariam: quæ multum differt ab his, quæ metu coacta voluntate geruntur. Cum enim violentia quid extorquetur, principium actionis aliunde & extrinsecus venit, nec magis dici potest voluntate patientis fieri, quam volente fit nauta, quoties tempestate ad scopulum navis allisa. At ubi impendentis violentiæ periculive metu quid fit, puta ... traditum, conceditur: tum intus in patiente existit actio ... quæ judicio nequaquam impeditur, & voluntate ... malum eligente proficiscitur: *l. si ... de rit. nupt. c. ... sacris, ... de reg. jur. ...* Quo ... etiam est quod dicitur: Voluntatem coactam esse voluntatem. *Arist. lib. 3. Ethic.* & rigore juris obligatur. *l. si mulier 21. § si metu ... h. tit. gloss. Dec. Cag. in l. velle. de reg. jur.* Quanquam autem hæc subtiliter distinguunt philosophi, & ampla differunt, tamen Prætor verbo quidem hæc in Edicto sejungebat, re simul complectebatur. Putavit enim, quodcunque vi atroci committeretur, id metu quoque fieri, voluntate atque præsenti violentiæ cedente: & eodem modo subvenit, sive quis vim passus sit necessariam & inevitabilem, quæ corpori & loco movens vim affert: sive vim actionis, quæ animum duntaxat invadit, mentemque superat: maximè cum utrobique metus sit, & populariter etiam populo, cujus redditur, sit agendum: ... maxima pars inter vim & coactionem voluntatis seu metum, non satis perite distinguere novit. Et sane qui vim infert, metum etiam facit. Duplex enim metus est: alter quem Fecimus, alter quem Patimur, authore Quintil. *lib. 6 c. 3.* Itaque jurisconsulti, qui student brevitati, *l. ampliorem 37. § penul. C. de app.* & (quantum arbitror) Julianus Edicti compositor, detraxit Vis mentionem, ut non necessariam, quasi & VIM clausula METUS contineat. *l. 3. hoc tit.*

3. *Propter quem metum vel vehementem restitutio fiat.*

Vim autem accipimus, quæ adversus bonos mores fit, non eam, quam magistratus jure licito infert, *d. l. 3. l. quemadmodum. 29. §. pen. ad l. Aquil.* Metum verò præsentem. *l. metum hoc tit.* & qui in hominem constantissimum a formidine objectorum cadat, *l. 5. 6. h. t. l. interpositas 13. C. de transact.* ut mortis, vinculorum, *l. 7. 8.* stupri, *l. 8 in fin.* carcerum: *l. penul.* videlicet ... & privatorum, quos habere non licet. *tot. tit. C. de priv. carc. Land. lib. 2. artic. 13.* nam in publicis & licitis magistratuum carceribus distinguitur: ut si quis dignè incarceratus sit non restituatur si quid promittat: qui a hunc ipse sibi metum fecit. *l. 3. l. si mulier. 1. h. t. in princ. text. in l. acceptilatione 10. C. eod.* in verò indignè restitutioni locus sit, etiamsi cum jusjurando promiserit, aut quid fecerit vel dederit. *Bart. in l. qui neque § solutum. de verb. signif. gl. a in c. ex tenore de censib. prab. & c. veniens qui ... vel ... Hypp. sing. 177. text. in l. sed si si quis ... § si quis cautionem ... §. 1 de jurejur. decis. Theol. 423. Land lib. 3. art. 41.* Nam vis a magistratu justè facta, non habet restitutionem, ut supra dictum est: sed tantum injusta, quia in hac magistratus pro privato habetur, *l. nec magis. 32. de minor. Cle. 1. §. fin. ubi Car. de el. ... Dec. in l. factum 111. de reg. jur. text. in l. pen. & in l. fin. C. eod.* Metus Reverentialis in hoc Edictum non venit: *l. 3 eum tit. l. fin. l. ad invidiam. 6. C. eod.* etiamsi officio judicis, rescissionem quandoque actus imponet *Bar. in l. 2. §. qua onerandæ. n. 4. quar. rer. act. per l. pen. de sur.* nisi accedat alia impressio, & violentia. *l. fin. l. pen. C. eod.* Neque tamen solius potentiæ dignitatisve timor sufficerit: *d. l. ad invid.* aut accusationis *l. ut conjugatur 10. C. eod.* & infamiæ: *l. 4. h. tit. qui minorum: l. metum 9. C. eod.* nisi capitales sint, & ab eo qui exequi solet, effusæ. *l. donationis l. pen. C. hoc tit. glo. & Dd. in d. l. metum vide omnino Sper. de præscr. § ult num. 4.* Metum, inquit Imperator, non actionibus vel contestationibus sed atrocitate facti probare convenit, *d. l. metum 9.* Quamobrem ubi facto opus est, verba non sufficiunt: *l. 4. in princ. de pecul.* multò verò minus preces etiam potentioris sufficerent: *l. ab in Laconjationis 10. C. eod. & 4. quadrupli numero 4. Instit. de act.* quamvis vulgo dicatur, Preces domini esse præceptum, *gloss. in l. 1. verb. quemadmodum quod jus.* & blanditias Principis, vim continere minorum. *gloss. verb. pignora, in l. 1. si rec. pro. Fele. in c. 2. num. 2. & 3. de off. judi del.* juxta dictum: rogando cogit, qui rogat potentior. Sed hæc in hoc Edicto rescissorio, & quod atrocitatem facti requirit, non consideranda: *glo. Bart. & Dd. in d. l. metum. 9. C. eod. Bart. in l. de pupillo §. si quis. de op. nov. nunc. Dd. in c. ex litteris. de desponsat. impub. Jas. in l. Titia num. 6. de verb. oblig. Dec. in l. in omnibus 1. de reg. jur.* præsertim quando contra minas alio remedio uti liceat, scilicet Cautionis: quam implorato judicis officio, datis fidejussoribus vel pignoribus *cap. 1. ubi Franc. num. 3. de homicid. in 6. Salic. in l. denunciamus num. 2. C. eod. ad Eccles. confu.* præstare de non offendendo coguntur, qui comminando terrorem incutiunt. *Bart. & Imol. in l. hac autem satisdatio. sicut plenjquam per l. Falcid. Dd. in l. illicitas, § ne potentiores de off. præs. in l. qui bona. 1. si quis de damno infect. in l. interposit. C. de transa. Ang. in tract. malef. ad verb. verbis injuriosis n. 8.* In hoc ergò Edicto tantum justum esse metum intelligimus præsentem, vitæ, *l. 7. 8. 9. h. tit. l. metum. 9. C. eod.* cruciatus corporis, *l. 4. Cod. eodem cap. penultim. extr. eodem* & status, *l. 4. l. isti 8. hoc tit.* servitutis, *d. l. isti* fortunarum, *Bart. in l. pen. num. 5 de cond. ob causam.* pudoris & infamiæ realis, *l. isti 8. §. quod si dederit. h. t. gl. in l. 4. verb. infamia. h. tit.* non etiam verbalis: *l. 4 ubi gl. 1 h. t.* quia cum verborum atrocitate factum concurrat oportet: *l. 9. in fin. in verb. terrore verbo extorsit. h. t. d. l. metum 9. in verb. non satisfactionib. sed atrocitate facti. C. eod.* vinculorum & carceris, *l. 7 & 8. h. t.* & si qua sunt similia: *Paul. h. 1. t. 7.* nec interest, in se quis hæc verearur, an in conjuge & liberis, *l. isti. 8. in fin. h. t.* qui pars corporis affectuque sunt, & de quibus non minus quam nobisinet ipsis, sæpe etiam amplius laboramus. Si tamen constaret, quid metu etiam levi & vano factum esse (quod quidem non præsumitur) crediderim restitutioni, saltim ex officio judicis, locum fore: *Bartol. & Bald. in fin. Castr. ac Dd. in l. interpositas 14. C. de transact. per glo. in l. 1. ver metum quar. rer. act. Aretin. cons. 14 in 4. dubio, Aunal. cons. 2. nu. 7. 9. cum seq.* licet non ex edicto, attamen ex edicti ratione benignaque interpretatione. Quid enim interest, quo metu quis compulsus sit, dum constet compulsum esse? *Dec. in l. in omnibus 19. nu. 3. de reg. jur. & in c. fin. ext. eo.* Et notum est, alios aliis esse timidiores, & natura mulieres commoveri facilius quam viros: eoque ex leviori metu restitui: *c. cum loc. ubi gloss. de sponsal. Jas. & Dd. in l. interpositas 13. C. de transact. Dec. in d. l. in omnibus. n. 2. & 3. Roma sing. 226.* planè ut necesse sit, metum ex personæ cujusque qualitate, rerumque circumstantiis æstimari: *Dec. in d. l. in omnib. nu. 3. per not. Innoc. in c. cum dilectus. quod met. caus.* etiamsi in abstracto verum sit, non nisi justissimum, quique in constantem virum cadat, metum, huic edicto locum facere: nec alium quoad intentionem fundandam, & probationem faciendam, rectè allegari posse *Dec. in d. l. in omnib. num. 3.*

4. *Edictum in rem scriptum, vel & adversus quos detur.*

GESTUM ERIT, ait prætor, nec adjicit A quo gestum sit: Unde apparet, in Rem loqui edictum, non sufficienter, non modo contra eos qui metum intulerunt *l. metum 9. § animadvertendum. 1.* sive unum sive plures (licet una solutione, quæ rei persecutio actioni inest, omnes liberentur, *l. item 14. §. fin. cum l. seq.*) sed adversus omnes omninò, qui lucrum inde perceperint, restitutionem dari: *d. l. 9. §. si cum l. seq.* adeo ut non quæratur, utrum is qui convenitur, an alius metum fecerit. Sufficit enim docere, metum sibi esse illatum: & ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine careat, lucrum percepisse, *d. l. 14. § in hac actione 3.* Neque tamen hæc actio sic rem sequitur, sicuti Rei vindicatio. nam is qui vim intulit, jubetur restituere, etiamsi ad alium res pervenerit: quia actio personalis est ex delicto nata: is verò ad quem pervenit, quamvis alius metum fecerit,

non tam

non tam ratione possessionis, quam quod lucrum ex delicto facit, convenitur ex æquitate naturali, quæ ex qualicunque crimine emolumentum sperare non patitur, *l. 1. sup. de eo per quem l. non fraudanone. 134. de reg. jur. l. sive 23. sup. de neg. gest.* Qua ratione hæc actio in Rem scripta dicitur: *d. l. 14. §. Ped. 5. vide Cuj. li. obser. 5. c. 17.* quia nullam personæ mentionem facit, sed in ipsam rem metu gestam commodumque inde perceptum digitum intendit: quemadmodum & pacta, *l. juris. 7. §. pact. 3. sup. de pact.* & interdicta, *l. 1. §. fin. de interd.* in Rem concepta dicuntur, quæ rem ipsam, non personam respiciunt. Quod cum ita sit, minus mirandum est, hanc actionem hæredibus, cæterisque successoribus dari etiam in Quadruplum: præsertim cum contineat rei persecutionem: *d. l. item. 14. §. 2. l. quod diximus. 16. §. 1. in fin.* cujusmodi actiones solent transire, *Inst. de perp. & temp. act.* In hæredes autem & successores cæteros, in id competit, quod ad eos pervenit. Licet enim pœna ad hæredes non transit, *l. unic. ubi Dd. C. ex del. def.* attamen quod turpiter vel scelere quæsitum est, id (sicut & supra diximus) ad compendium nullius, nedum hæredis debet pertinere, *l. quod diximus. 16. l. 19. l. 20. h. t.* quin & de consumptis tenetur: sufficit enim semel pervenisse, *l. videamus 17.* quamvis interitum & casum non præstet, *l. si ipso 18.*

5. Quatenus prætor rescindat, & quid in hoc edicto sit ratum non.

Sed quod Prætor ait, RATUM NON HABEBO: quatenus accipiendum sit videamus. Et sciendum est, ex hoc Edicto metum passo, & Actionem & Exceptionem dari: *d. l. 9. §. sed quod prætor ait. 3.* ut hac adversus petentes, is qui metu gessit promisitque quid, defendatur illa, quod ita gestum est, in integrum restitui officio judicis petat: ut si per vim tradita res sit, retradatur, & de dolo promittatur, ne forte deterior res facta sit: sin acceptilatione liberatio intervenerit, in pristinum statum obligatio restituatur, *d. l. 9. §. ex hoc edicto. 7.* &c. Sed & partus ancillarum, & fœtus pecorum, & fructus non modò perceptos, sed etiam qui percipi potuerunt, & omnem denique causam restitui oportet. *l. sed & partus. 12.* quæ quidem omnia (etiam loco consumptorum æstimatione subrogata *l. 1. C. de his quæ vi metus cau. l. in re furtiva. 8. de cond. furt.*) simul peti possunt, hac conditione: ut nisi arbitrio judicis restituantur, in Quadruplum reus condemnetur, *d. l. item 14. §. 1.* Cum enim, qui vi rapuit, improbior fur esse videatur, *d. l. 14. §. quæ onim. inimbe. 11.* cur non ad pœnam furti, aut consimilem alligetur? Imo pro delicto clementer cum illo agit Prætor: primo quod non statim, ut furem, in quadruplum condemnat, sed restituendi concedit facultatem, si pœnam evitare velit: deinde quod in quadruplo simplum, & ipsam rei persecutionem (prout in edicto bonorum raptorum, *vide inf. & Inst. de vi bon. rap.* complexus est, 1 secus quam in actione furti, *l. item si cum 14. §. sed & si quis 8. cum seq.*

6. Actionem esse arbitrariam.

Hæc igitur actio Arbitraria est: petitur enim, ex bono & æquo arbitretur judex, quod metu gestum est ut restituatur in integrum, quod ni fiat, in Quadruplum concipiatur condemnatio. Jussus igitur arbitrio judicis, & interlocutoria sententia seu decreto rem restituere, licentiam habebit reus usque ad sententiam definitivam a judice dandam restitutionem facere, quod si non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patietur, *d. l. 14. §. hæc autem actio. 4.* Utrum autem hoc jussum judicis sententia sit Interlocutoria tantum, an verò Definitiva, nostri variè disputant, *gloss. & Dd. in l. 4. C. eod. & in l. item 14. §. hæc autem. h. t.* Ego putaverim interlocutoriam fuisse, qua judex damnum metu factum arbitrio suo, hoc est, ex bono & æquo, velut taxaret, & hoc eum qui dedisset illud, resarcire actori vim passo juberet. Ac fortasse ne tale quidem jussum sententiamve interponi opus est: nec enim Edictum, ejusve interpretes Jurisconsulti magnopere exigunt: sed id tantummodo velle videntur, (exempla enim textus mirificè variant) ut habeat reus facultatem offerendi restitutionem usque ad sententiam *d. l. item. §. si quis & §. hæc autem.* Atque ita paratus solvere evitet condemnationem: *l. si debitori. 21. de jud. l. si reus paratus 73. de procu. §. fin. Inst. de perp. & temp. act.* quod ni faciat, & sententiæ eventum expectet, in Quadruplum deinceps veluti fur manifestus (nam qui vim fecit fur est improbior, *in pri. Inst. de vi bon. rapt.*) una sententia, juxta libelli petitionem, cui sententia congruere debet, condemnetur. Id quod & tum obtinet, cum tertius possessor ex aliena vi convenitur. *d. l. item. §. in hac 5.* Imputet n. sibi, qui delictum alienum mordicus defendit: ex eoque possessionem rei per metum ablatæ retinet, ac ejusmodi ratificatione vim facit suam, perinde si ipsius illam commisisset. *l. 1. §. dejecisse, vers. cum autem, de vi & vi armat.* neque beneficio Prætoris uti in tempore festinat: quo restitutionis pro arbitrio judicis faciendæ oblatione, sententiam condemnatoriam (qualis ex hac actione indistinctè sequitur, cum libello sententia conformis esse debeat. *l. fin. C. de fideicom. lib. l. ut fundus. 18. inf. com. divid.*) evitare posset, & mereri absolutionem: *§ fin. Inst. de perp. & temp. actionib. Bart. in l. illud, de his quæ ut indign. Panor. in c. cum te. de sent. & re jud. Soc. in fallen. reg. 179.*

quam indulget Prætor iis, qui non expectantes dubium litis eventum *l. quod debetur, de pecul. gl. in l. Lucius 78. §. fin. de verb. sig. Joss. ad S. C. Trebell.* & quasi pœnitentia ducti, præproperè offerunt satisfacere ex arbitrio judicis, ne condemnetur. In quo satis clementer cum reo convento Prætor agit: *d. l. item 14. §. 1.* cum alias legibus civilibus & jure stricto, pœnam delictorum non molliat pœnitentia, neque avertamt aut minuatur actio hoc nomine intentata, etiamsi reus satisfacere de re, puta furtivam restituere, sit paratus. *l. qui ea mente, 67. ff. de fu.* At in his arbitrariis judiciis, ita benigne Prætor cum reo agit, ut det illi facultatem (peræque ut in civilibus causis, ubi de pecunia, non de delicto quæritur, *d. §. fin. Instit. de perp. & temp. d. l. si debitori. 21. de jud. d. l. si reus, 73. de proc.*) pro arbitrio judicis, hoc est, ex bono & æquo, prout bonum virum arbitrari convenit, *l. 1. de leg. 1. l. in personam. 21. §. 1. de reg. jur.* restituendi rem solam priusquam in pœnam delicti condemnetur: quo quidem beneficio, si non utatur, est quod sibi imputet insequentem quadrupli condemnationem: etiam cum ex alterius flagitio convenitur: quippe qui maluerit pertinaciter alienum delictum ad extremum usque defendere, quam tempori suas rationes ab illo crimine, ejusdemque pœna sejungere. Ulpianus: *d. l. item 1. in h. c. act. 3. h. t.* Ne cui, inquit, iniquum videatur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur: hoc est, non simpliciter in quadruplum concepta est actio, sed conditionaliter, hoc modo. Ni reus ante sententiam, quod metu gestum est, suo arbitratu restituat, in Quadruplum judex condemnato. Quadruplabitur autem id, quanti ea res erit, hoc est, cum fructibus & omni causa: *d. l. item. 14. §. Labeo. 6. & §. quadrup. abitur, 7. l. si mulier. 20. §. 1. h. t.* id tamen quod vere interest, & in quo quis certo damnum patitur, est quadruplandum. Unde Julian. ait, eum qui ex causa fideicommissi quadraginta debebat, si trecenta promiserit per vim, & solverit: tantum 260. quadruplum consecuturum.

7. Cui & adversus quem non detur.

In his enim tantummodo vim passus est, cum quadraginta reliqua deberet, *d. l. 14. § pen.* Nam hæc natura est hujus actionis, ut rem damnumque persequatur, neque ei detur cui nihil abest: *d. l. 14. in prin.* quamobrem adversus creditorem, qui debitori suo, ut solveret, vim adhibuit, non competit: *l. sed & partus, 12. §. fin.* licet negari non possit, in legem Juliam de vi eum incidisse, & ex constitutione Marci, jus crediti amisisse, *d. l. si. l. extat. 13. h. t.* Sed quia dupli condemnatio tum demum locum habet, cum intra annum agitur, *d. l. 14. §. post annum.* nam omnes pœnales Prætoriæ anno utili finiri solent: *l. in honor. 35. de act.* licet civilis injuriarum anno continuo expiret. *l. 5. C. de injur. v. d. Goveanlib. 1. Lec. & inf. de injur.*

8. De annali & perpetua actione.

Quamobrem si a tempore illatæ violentiæ annus utilis effluxerit, amplius ad vindictam injuriæ in Quadruplum agi nequit, propter præscriptionem: superest tamen in Simplum actio Rei persecutoria, in qua æstimatur omne quod agenti abest: *l. si mulier 21. §. qui possessionem 2. h. t.* quæ licet non sit Arbitraria, neque crescat propter contumaciam non restituentis: tamen quia de vi quæritur, & Extraordinaria & Rescissoria est, gravatque existimationem rei, *l. 1. §. antepen. inf. unde vi Bald. in c. 2. §. fin. nu. 15. de prohib. feu. alie. per Fed. in feu. alt. in eo. §. si vero, de mol. va. quæ cont. est.* quamvis ipso jure non infamet: *gl. in l. si cum exc. §. cum qui, verb. tenentur, h. t.* ideo non datur nisi cum causæ cognitione, videlicet ut si alia non sit, hæc detur. *d. l. 14. §. post annum.* Ac datur quidem exemplo reliquarum perpetuo, *l. videamus 17. l. quod autem, 19. h. t.* Et sic accipiendum est, quod ait Paul. *l. si mulier. 21. §. 1. h. t. vide quæ dixi Inst. de perpet. & temp. act. in h. in prin.* Quod metus causa gestum erit, nullo tempore Prætor ratum habebit. *l. interpositas 15. C. de transact.* Nam etsi nullo tempore Prætor ratum habet quod metu gestum est, eoque ejusmodi actiones olim, ut exceptiones, absque ulla temporum præscriptione perpetuo durabant: tamen sciendum est, actiones omnes tam Juris civilis quam Prætorii antea perpetuas, nunc spatio 30. annorum (ut aliquis sit litium finis, neque immortales sint controversiæ) Principum constitutionibus esse inclusas, *in prin. Inst. de perpe. & temp. act. l. 3. & 4. cum seq. de præscr. 30. vel 40. ann. d. l. in honor. 35. de act.*

9. Alia remedia, quæ vim passis dantur.

Sunt autem & alia remedia, quæ vim passo dantur. Nam volenti parcere famæ rei, & Vendicatio datur in rem per vim ablatam: *d. l. 9. §. volenti. 4. h. t.* quia res tu bonis ejus esse videtur, qui vim passus est: *d. l. 9. § licet. 6. l. si quis 17. de acqu. possess.* & personalis actio, quæ antea competebat, rescissa acceptilatione aut liberatione per vim extorta: *d. l. 9. §. volenti.* quemadmodum & coacto hæreditatem repudiare utiles actiones dantur, redacta ad nihilum repudiatione: *d. l. 21. §. fin. h. t.* altera tamen actio alteram tollit, *d. l. 9. § duo.* Est & locus interdicto UNDE VI in possessionibus: item QUOD VI AUT CLAM: *d. l. 9. §. 1.* & legi Juliæ de vi: *d. l. sed & part. 12. in fin.*

fin. & edicto divi Marci, quo jus crediti, qui sibi jus privata authoritate dixit per vim, amittit, *d. l. extat. 13.* Nonnunquam etiam solo judicis officio sine ulla pœna, quod metu gestum est, restituitur: ut si metus non extet, cui vis atrox causam dedit: *l. fi. §. 1. & 2.* aut si vis sit à magistratu illata, cognitione non habita, *d. l. fi. §. fin.* Deinde eum qui metum fecit, de Dolo teneri certum est, quia vis sine dolo malo non adhibetur: altera tamen actio alteram consumit, Exceptione io Factum opposita; *d. l. item. §. 14. §. eum qui 13. h. t.* At qui dolo deceptus est, de vi agere non potest, nisi ea sit illata: nam ex hoc Edicto vim probari omnino necesse est: *d. l. 14. §. in hac §.* dolus autem sine vi, tecta fraudulentia & machinatione animi committitur, *l. 5. ex quib. caus. major. l. 1. §. doli 4. de vi bon. rapt. . ult. C. de litigio.* Itaque Doli tantùm mali actio propter dolum competit. in qua cujusmodi fiat restitutio, deinceps videamus.

O B S E R V A T A.

Sunt casus quib. quæ metu facta etiam ab initio nō valent.

N. I. *In spiritualibus*) Huc pertinet quod matrimonium justo metu factum etiam ipso civ. jure sit nullum, *l. 14. C. de nupt. l. 134. de V. O. c. si verum 31. q.* 2. nec rescissione indigeat, Gail. *obs. 93. n. 6.* ut & sponsalia c. 14. & 15. *de sponsal.* Confer. Bachov. in not. & Cypræ *de sponsal c. 13. §. 29. & seqq.* Quoad juramentum tamen vi vel metu extortum, distinguendum inter jus civile & Canonicum; de quibus infra agetur tit. de jurejur. Est & alius casus, quo quæ metu gesta ipso jure irrita sunt, *si dos promissa vel soluta per metum l. 21. §. 3. h.* Lex enim non assistit huic promissioni, sed eam statim initio pro nulla habet; cum, si ipso jure valeret, propter favorem dotis & incommodum mulieris dote cariturae, non foret rescindenda. Jung. D. Perez. *in C. h. n. 5.* & observ. *ad n. 5. infr.* ubi ex nat. & civ. jure de his plenissimè agetur. Plura habet D. Mantz. *h. n. 10. 11. & seqq.*

Vis & metus ut differunt.

N. II. *Reipsa differunt*) Nimirum actio violenta est, cujus principium foris, & contra animi nostri inclinationem, ita, ut nihil per se conferat ad id agens, h. e. ut nihil ipsum actum adjuvet subjectum seu homo, sed habeat sese merè passivè. Actio autem metu peracta in se ultanea est & spontanea, *vid. 3. Eth. 1. l. 21. §. 5. h. Zas. n. 2.* quia spontaneum dicitur quod penimus seu eligimus, & vel simpliciter, vel ob certum finem seu ex metu majoris mali. Eadem invita est saltim per accidens, prout extra hunc casum consideratur in sensu diviso. Thom. 1. 2. *q. 6. a. 6.* neque enim sic ipsi voluntati, sed voluntatis libertati officitur, *arg. d. l. 21. §. 5. l. 11. h.* Cæterum ratio quare hic metus & vim denotat est, 1. quod effectu conveniant, cum neutro casu liberrimus sit consensus. 2. in edictis populariter sit loquendum: & 3. quod qui vim infert, etiam metum suo modo faciat. *l. 1. in f. h.* Unde Bachov. *in not. h.* ait, vim referri ad eum, qui alterum cogit, metum ad eum, qui vim patitur.

Metus quid.

N. II. *Metum verò præsentem*) Metus, (timor, terror, formido) Ulpiano *l. 1. h. t.* est, instantis vel futuri periculi causâ mentis trepidatio, vel sec. *l. 5. h.* timor majoris malitatis, quo repellente quodcunque gestum fuerit, Prætor edicit se ratom non habiturum, *l. 1. eod.* Aristoteli dicitur expectatio mali, h. e. affectus animi ex mali expectatione *3. Eth. 9. & 2. Rhet.*

Quotuplex.

5. molestia quædam & perturbatio, è phantasia futuri mali, vel idonei ad interimendum, vel molesti. Metus hic vel *probabilis* est vel minus. Ille, qui in *hominem constantem* cadit, sc. omni abstracto, sed ratione circumstantiarum, in concreto, *l. 5. 6. h. l. 9. C. eod. l. 3. inf. ex quib. caus. maj.* Et hicce iterum quintuplex. 1. *Minarum*, (2) *facti*, quando præversans periculum salutis vel corporis, (3) *potentia*, quæ incutitur à superiore subditis: (4) *reverentia*, (5) *perfidia*, ut cum quis movetur ab alio, quia timet ejus perfidiam. Quibus cùm ferè convenit Philos. *d. l. ac timemus quidem*, inquiens, *mala omnia, ut infamiam, paupertatem, morbum, solitudinem, amicorum mortem. Nec circa omnia tamen vir fortis* (constans) *esse videtur*, & sic deinceps usque ad finall. cap. Jung. 3. *Eud. c. 1.* ubi dicit, verum metum eorum tantùm esse malorum, quorum natura interitum videtur inferre.

In carcere promittēs ut restituantur.

Distinguatur) In carcere qui quid promittunt, sæpius solent allegare metum carceris, & petere restitutionem, quæ tamen non indistinctè, nec eo etiam modo, quo vult Wesenb. obtinet. Inprimis distinguendum; *an quis dignè sit conjectus in carc. an indignè.* Illo casu, vel quis condemnatus est ad aliquid dandum vel faciendum, quod non vult præstare; & tum magistratus eum in carcerem jure conjicere, & metu carceris ad id præstandum adigere potest; nec propterea locus restitutioni; quia magistratus sententiam latam hoc modo exequitur (& vim justam facit:) ad quod probandum non malè adducuntur etiam *l. 3. ff. & l. 10. C. h. t.* Vel quis præstant judicatum, & tum si ab eo per carcerem denuò quid extorqueatur, justè petit restitutionem ex capite metus, *Bachov. h.* Hoc casu vera est distinctio Autoris, si ita informetur. Ubi quis indignè est conjectus in carcerem, non opus est restitutione in integrum, si respicias *factum* à detrudente vel ejus participe, *Gl. & Gotofr. in l. 22. h.* commissum; id enim nullius est momenti, h. e. ipso jure nullum, *per d. text. notabilem l. 22.* Cui addi quoque Zœs. *h. n. 5.* Verùm *promissio sic* fortè secuta, non est invita per vim, *arg. d. 3. Eth. 1. & per text. clarùm in l. 5. de vi publ.* Quod si verò cum juramento, ut etiam in literis securitatis vel exulionis, ut vocant, durch geschworne Urfehd / promisit quis, de non vindicando carcere, tunc prius petenda est juramenti præstiti relaxatio, *Gail. 1. observ. 22. n. 1. & seqq.* ad quam pars adversa citari debet, *Idem 1. obs. 42. n. 4.* & deinceps sequitur actus annullatio. *Confer.* Besold. *thes. pract. v.* Urfehd *n. 86.* Ruding. *5. observ. 43. n. 4.*

Ob met. reverent. quid taliter nulla restitutio.

Metus reverentialis) Metus iste (puta si ab uxore, liberis, libertis &c. metu reverentiæ quid gestum) ut & metus potentiæ, qua talis, non operatur restitutionem, sed si facti atrocitas intervenerit, *l. 6. fin. C. h. t. l. 22. de ritu nupt.* hoc est quatenus inciderit in metum facti. Jungantur not. *infr. h. n. de officio judicis.* In metu infamiæ Autor distinguit *h. n.* inter infamiam verbalem & realem, ita ut propter illam non competat restitutio, *l. 7. h.* ob hanc verò detur, *l. 3. §. quod si h. t.* Verùm 1. nulla est infamia realis vel verbalis. 2. nec ulla ex alterius illatione, sed semper ex facto proprio, *arg. l. 1. de his qui not. infam.* Ideoque rectiùs dicitur, quod ex metu infamiæ indistinctè nulla restitutio competat, *l. 7. h.*

Nec ex metu infamiæ.

Nec officit *l. 8. §. 1. h. t.* quam Oldeod. *class. 6. art. 10.* Gloss. *in d. l. 7.* & Arumæ. *disp. Pandect. 6. th. 4.* intelligunt de infamia juris. Nam *d. l. 8.* non loquitur de metu infamiæ, sed facti; quia nemo stuprum violentum minitans, potest facere infamen, vel de facto vel de jure; tum quia turpe factum solius delinquentis (non tertii) lege notatum, infamem reddit; tum quoniam nec perpetratum illiusmodi stuprum (cum actione violenta inferatur) infamem facit eam, quæ hoc passa est, *arg. l. 13. §. . ad L. Jul. de Adult.* De Metu *fortunarum* quod subjicit A. h. e. amissionis bonorum, nonnulli absolutè negant. alii restringunt, ubi generaliter omnia bona periculo exponuntur, *c. 2. h. t.* Alii indistinctè affirmant, sive bona exigua sint, inopis, sive

Metus fortunarū quis

majoris

majoris quantitatis, metum talem gravem esse, *arg. l. propter litem. de excus. tut. c. 1. de restit. spol. in 6. Joan. Gutier. de juram. p. 1. c. 57. n. 20. Covarr. p. 2. de matr. c. 3. §. 4. n. 8.* Quod verius. Nec obstat *c. 2. h. t.* quia saltim agit de facto, in quo omnium bonorum amissionis metus incussus erat, non verò de bonis aliis id negatur. Quomodo & intelligenda decisio Mynsingeri *3. obs. 27.* Ejusdem farinæ est, si quis dato à judice decreto immissionis, promiserit solutionem, postea verò petat in integrum restitutionem, eo quod q. metu futuræ executionis promissio facta sit. Dn. Mev. *p. 2. dec. 41.* Illa majoris momenti quæstio est. *Si ex metu reverentiali aut leviori, quam ut operetur restitutionem ex hoc edicto, quod promissum aut factum, an dari possit restitutio in integrum, saltim ex officio judicis.* Affirmat Wesenb. cum Dd. comm. & rectè, ex utili (si benignâ) edicti interpretatione. Nam si in aliis casibus ex Edicto Prætoris non solùm actio in factum directa conceditur, sed & utilis, sequitur, quod illud & hoc casu obtineat; subest enim eadem ratio. At verum prius, *arg. §. 7. I. de action. l. 1. pr. l. 22. de pignor. l. pen. pr. de Instit. act. l. 5. §. pen. de constitut. pec.* E. & posterius. Deinde ratio hujus Edicti est, quod in actionibus metu gestis, non sit libertinum voluntarium, *arg. l. 17. qui & à quib. manum. l. 21. §. pen. h. t.* Hanc autem & in metu leviori, reverentiali & simili, (puta non quidem gravi absolutè, sed ... & in ordine ad fragilitatem, v. c. fœminæ, senis,) obtinere planè indubium est, *arg. l. 1. §. 5. quar. rer. act. l. pen. de furt. c. indignantes. 32. q. 6. c. sicut. de homicidio. Dec. in d. l. 39. n. 3. de R. J.* Nec obstat *c. 10. l. 3. Ethic.* Indeque Bi. & Dd. *loc. cit.* dicunt, nimiam reverentiam & metum æquiparari. Ita clericus, qui metu & reverentia Episcopi renunciat præbendæ, officio judicis potest restitui. Idem in muliere res suas vendente vel oppignorante, nimiâ reverentia erga maritum. *Conf. Gail. 2. obs. 93.* Diss. Bach. *in not. h. t.* quod, *etiam ex hoc Edicto possit dicere restitutio fieri officio judicis. 2. non interesse an judicis officio an ex hoc Edicto restitutio fiat, 3. quod leges, quæ requirunt justum & verum metum, ita perspicuè eluderentur.* Verùm responsio facilis est 1. *& actio utilis ex Edicto, actio in factum dicitur, & æquè prætoria est, arg. l. 14. §. 1. de serv. corrupt. 2. effectu quidem nihil interest inter restitut. ex Edict. & ex officio judicis nobili; formaliter tamen & hæ differunt, ut actio utilis & directa. Denique 3. leges quæ metum verum & justum requirunt, intelligendæ sunt de actione Edicto directâ,* (& metu ut fit ordinariè) *quibus & aliæ jungendæ, arg. l. 14. §. 1. pr. & in fin. ibi: actio utilis competit officio judicis æstimanda, de serv. corrup.* quâ ratione nullæ leges eluduntur. Conf. Besold. *delibat. h. t. n. 6.* qui tamen putat prædicto casu restitutionem fieri officio judicis nobili ex clausula generali, *l. 1. §. 4. ex quib. caus. maj. si qua mihi justa causa esse videbitur.* Limitaverim tamen hanc sententiam, ut non obtineat in metu quolibet vano & ob rem minimam, *arg. l. 4. de in integ. restitut. d. 3. Eth. 10.* Jung. Sanchez. *4. de matrim. disp. 3. n. 2.* Basil. Ponce *tr. de matrim. lib. 4. c. 2. n. 10.* Actus enim ex ejusmodi levi metu facti valent, *etiam jure naturali*; quia in eum patiens jus habet excutiendi, quare voluntariè omnino agere videtur. Nec locus est restitutioni, cum nulla sit injuria ejus qui eam facile potuit repellere. Et hoc insinuasse videtur JCtus *in l. . verb. perinde si quis meticulosus. h. t.* Add. *clem. 1. & 3. de for. comp. l. si quis. de re judic.* & eleg. hæc explicantem Ponium *d. lib. c. 10. n. 5. & 6.* à cujus tamen sententia de jure naturali examinata, nonnihil diversus est Cardin. de Lugo *tom. 2. disp. 22. sect. 7. n. 154. & seq.*

An ex metu leviori sit restit. ex offic. judicis. Aff.

Examinantur rationes Bachovii.

Ex levi metu p. act. nec obligatio nec restitutio.

N. IV. *Licet una solutione*) Si plures metum adhibuerunt, & unus fuerit conventus, hoc sponte ante sententiam solvente, cæteri liberantur *l. 14. §. fin. h. t.* Sed huic contrariari videtur *l. 9. de jurisd. l. 5. §. pen. ne quis eum qui in jus vocab.* Resp. Vel unum est factum à pluribus commissum, vel plurium, & tot facta quot personæ. *arg. d. l. 9.* Illo casu, si actio ex eo facto vel est simpliciter persecutoria, vel pœnalis saltem per accidens, tunc unus solvens cæteros liberat: *& quia actor, qui interesse ex unius solutione accepit, amplius non potest conqueri, juxt. princ. instit. & arg. l. 57. de R. J. quoniam consecutus est quod sibi debetur; & quia factum unum est, individuum, quod ideoque non potest non solvi unius satisfactione.* Et huc pertinet condictio furtiva, *l. 1. C. de condict. furt.* actio dejecti & effusi, *l. 1. §. fin. l. 2. l. 3. & 4. de his qui deiec. vel effud. l. 1. §. 4. de eo per quem fact.* quia actio ejus tit. est rei persecutoria & datur ad id quanti interest vadimonium obitum esse, *l. 3. §. fin. eod. 4. & ibi* Wesenb. *in parat.* Idem est in actione, quod metus causa, *ex dict. l. 14. §. fin. h. t.* Tum *quod non sit simpliciter pœnalis ab initio, sed ex accidenti, & per contumaciam demum talis evadat, d. l. 14. §. 1. tum quod subsit hic unum factum, sc. metus illatio; quia in hac actione nihil amplius quæritur, quàm an metus sit illatus, non à quo, l. 1. h. t. junct. arg. l. 9. §. 8. eod.* Altero casu, si plurium est factum & actio non persecutoria, sed verè & simpliciter pœnalis, tum unius solutione cæteri non liberantur, *quia tot sunt actiones, quod sunt delinquentes, quorum quilibet cum in solidum teneatur, quilibet etiam solvere tenetur.* Et ejusmodi est actio de albo corrupto, *l. 7. §. fin. l. 8. de Jurisd.* (nisi plures curaverint, ut ab albo album corrumperetur, tunc enim unum consilium subest, non plura facta, *l. 9. in fin. eod.*) actio ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat, *l. 5. §. penult. ne quis eum.* actio furti, *d. l. 1. C. de condict. furt.* actio L. Aquiliæ, si eâ ex dolo ad pœnam agatur, *l. 11. §. 2.* ubi Accurs. *ad L. Aquil.*

An liberatio solutione unius fiat reorum. Resp. distinct. ...

In rem scripta) Rectè statuit Wesenb. actionem quod metus causa in rem scriptam esse. Probatur hoc per *l. 9. §. 8. h. t. junct. l. 4. §. pen. de dol. mal. & met. except.* Et dicitur ita, tum *quod scripturâ edicti sit in rem,* h. e. generaliter concepta, *l. 1. h. t.* tum *ratione effectus, quod rem sequatur,* etiam apud tertium possessorem *l. 14. §. 3. h.* Non itaque placet quod annotat Bachov. *non esse in rem hanc actionem eo modo, ut pacta in rem vocari solent, cum hæc ita dicantur, quod in hæredes transeant, quod omnibus actionibus commune sit.* Nam, licet pactorum in rem hic quidem sit effectus; tamen non primariò exinde, sed propterea in rem dicuntur, quod generaliter (ut & verba edicti *in l. 1. h.*) concepta, *l. 7. §. 8. de pact.* Neque etiam obficit *l. 25. §. 3. de O. & A. §. 31. I. de Act.* Nam personalis ibi dicitur hæc actio saltim origine, cum sit ex delicto, (*ratione personæ obligatæ*) non verò simpliciter talis est, sed ita ut & rem sequatur, unde alio respectu simul dicitur in rem scripta, *d. l. 9. §. 8. h. t.* Et hæc est vera ratio, cur detur etiam adversus illum, ad quem res pervenit, licet alius metum intulerit: *non verò illa, quod lucrum ex delicto faciat is ad quem res pervenit, ut opinatur Wesenb. Quia hac ratione etiam omnes actiones personales ex delicto (utpote, quarum natura est, dari in heredes ad id, quod ad eos pervenit) dicendæ forent in rem scriptæ. ut hactenus rectè notavit h. Bach.* Ideoque si qui vim intulit, rem metu ablatam simul possideat, datur contra eum hæc actio; & ratione delicti *d. l. 25. §. 1.* & ratione possessionis. Si verò non possideat, nihilominus is convenitur, quod pro possessore habeatur, & dolo desiisse possidere credatur, juris fictione. Ad tertium

Est hæc actio in rem scripta. Ejus ratio.

Respondetur Bachovio.

Refellitur ratio Wesenb.

verò non alii, quàm possessionis ratione hæc actio porrigitur. Quin nec dubium est, eum qui metum passus, eundem statim convenire posse. Licet enim hic *injuria objectiove sit ab eo saltem, qui metum intulit & in eo qui sustinuit*; attamen *res ipsa vitio metus q. affecta est, ideoque cum eo transit ad quemcunque possessorem.* Lex etiam voluit *nullo modo ratum habere* hujusmodi contractum, sed *ut rescindendum ac si factus non fuisset.* Si autem hoc, res penes priorem dominum remansisset. Et ubi ad alium pervenit, idem est dicendum. Conf. de Lugo *d. sect. 7. n. fin.* Grot. *in flor. sp. ad l. item. h. t.* ubi prædicta loco ex Seneca adducto valde illustrat: nec non Besold. *in delib. h. t. n. 3.*

An pactum metu valeat j. naturæ.

N. V. *Ratum non habebo*) Duo sunt circa hanc clausul. magnopere notanda I. Rescissio ejus quod gestum. II. Modus rescindendi seu restitutionis in integrum. Prius supponit *id quod metu factum, validum* fuisse, & duo iterum involvit, an jur. naturali, an jure positivo? De jure naturæ distinguendum est, inter actionem violentam & metu factam. Illa, cum principium habeat extrinsecum planè, actum purè facit involuntarium, ideoque ipso statim jure nullum, quod tamen haut aliter intelligendum, quàm si alter simpliciter nihil voluntatis conferat ad actionem, ut in casu *l. 22. h. sec. n. 3. h. t.* Quoad hanc verò ambigua stat sententia, quibusdam simpliciter negantibus, aliis distinguentibus, inter contractus lucrativos & onerosos, ita ut illi ab initio non valeant: nonnullis indistinctè affirmantibus. Promedii est, quod ad donationem plenum voluntarium requiratur jure naturæ. *Non enim conveniunt liberaliter disponere de rebus, & cogi, atque ex iniquitate alteri lucrum concedere, cum alterum per alterum destruatur, nec dici possit liberaliter dare is, qui donat invitus. Et donum est datum irreddibile, juxt. Aristot. 4. Top. 4. h. e. animo miserendi vel charitatis exercendæ; invitus autem donans nihil minus vult quàm nullo casu esse revocabile. Quadrat definitio donationis in l. donationes. de donat. in qua plenum voluntarium disertè exprimitur. Accedit quod desint hic liberalitatis fontes, qui sunt verum judicium & honesta benevolentia, sec. Val. Max. 4. c. 8. Nihilque gloriosum quod ab invito & tergiversante fit, nihil fecit virius, quod necesse est, ait Seneca.* Hinc comm. docetur, eum qui injustè per metum aliquid extorquet à donante, teneri in foro conscientiæ ad restitutionem, *Sylv. in summ. v. met. 17. q. 1. f.* Contra contractus onerosi metu celebrati, jure nat. validi censentur, *quod substantia eorum saltem requirat titulum legitimum,* & ut habeant non quidem præcisè ac omnimodo, sed *simpliciter voluntarium*, v. c. in emptione, ut sit animus emendi & consensus de pretio & merce, & quo ad cætera leges hujus contractus attendantur. Justitia enim horum contractuum est in æqualitate rei cum re alia. Idemque est in illis qui re perficiuntur, *fac. arg. l. 55 de O. & A.* Ideoque licet metu celebrati sint, justum tamen & æquum, adeoque juris naturalis est, ut serventur, tum juxta principia humanæ actionis (*potestatem & voluntatem*) quæ actum perficiunt, tum secundum ... quæ à justitia deducuntur, quæ in bona voluntate suum cuique tribuendi consistit, *§. 1. l. de I. & I.* Melior tamen ratio æquitatis subesse potest, ut talis actus deinceps nihilominus rescindatur, quod detur jus, non modò justo leg..., sed & ipso æquo æquius, *l. 31. §. 2. depos. et. 2. Eth. 14. l. 1. de pa... l. 1. de constit. pec.* Atque hanc sententiam amplectimur cum Thom. Moln. Azor. Vid. Pont. *d. l. 4. c. 6. & seq.* Jure pos. ... contractus metu initos nullos non esse, sed valere indistinctè statuit Gl. *in c. un. in 6. h. t.* Alii simpliciter negant. Ponce *d. lib. 4. c. 8.* distinguit inter contr. lucrat. & ...

Neg. de contract. lucrativis.

Aff. de onerosis.

An in re positivo valeat.

perinde sit ante dictum de jure naturali. Sed communis & verior sententia est, utrosque, (sive stricti juris, sive b. f.) ipso jure esse validos, paucis exceptis, per *l. 21. §. 2. h. l. 85. de acq. her. pr. l. de except. l. f. C. h. t. c. 2. eod. l. pen. C. de stipulat.* Non mutat *l. 1. C. de resc. vend.* quia irrita ibi venditio est irritanda s. rescindenda. Neque *l. qui aliena 5. Celsus. de acq. h. r.* quia aditio ibi etiam ficta fuit, sine animo adeundi. Gl. *ibid.* Exceptio est in matrimonio & *l. 21. §. si dos h. t.* & aliis, quas memoravimus *s. ad n. 1.* Adde modò etiam *l. 1. §. f. de auct. & cons. tut. vel curator. c. pervenit. de jurejur. c. si quandoque. 15. q. 6. l. 1. §. quæ quar. rer. act. l. qui testamento. §. f. de testam. c. 1. §. cæterum. de elect. in 6.* Dissentiunt aliter adhuc Cujac. *in l. 36. de V. O.* & Goddæ *de contr. stipul. c. 3. n. 161. & seqq.* distinguentes 1. inter contractus b. f. & stricti juris 2. inter metum dantem causam contractui & incidentem, ita ut contr. b. f. ex metu dante causam sit ipso jure nullus, per *l. 21. §. 3. h. t. junct. l. 14. §. 13. eod.* Contractus verò stricti juris metu initus indistinctè valeat. Hocque sequitur Besold. *in delib. h. n. 5.* Verùm utroque casu consensus subest, qui contractum sustinet, *d. l. 21. §. f. l. ult. §. 1. h. l. 3. 4. C. eod. l. 1. C. de resc. vendit.* Quæ videtur etiam sententia Bachov. *ad Tr. h. th. 4. c. & disp. 28. thes. 2. & in comm. c. 1. h. t.* Nec officit *d. l. 21. §. 3. h.* quia diximus supra, eam continere exceptionem, neque est de contractibus. Et *l. 14. §. 13.* explicabitur infra *n. 13.* Non item mutat *l. nihil. de R. I.* vim & metum esse consensui contrarium, quo video moveri Goddæ *d. c. 3. n. 164.* Verum enim hoc, si quod metu gestum, *per se* consideretur, & quoad *principium* voluntatis, *l. 17. pr. qui & à quib. manum.* At si idem consideretur *quoad actum, quo eligimus*, metus consensui non contrarius est; sed hunc inducit, *l. 21. §. f. h.* Atque exinde rectè ex G. *in d. l. nihil.* Cagnol. dicit, consensum coactum esse contrarium consensui spontaneo, sed non simpliciter. Porrò restituit Prætor sic ratum non habendo, duplici judicio, *rescindente* sc. & *rescissorio*, qualia in plerisque restitutionum causis occurrunt & obtinent, *arg. l. 46. §. 3. de procurat.* ut probabimus *infr. tit. ex quib. caus. major.* Judicium *rescindens* est, ipse actus aut tractatio restitutionis, per quem removetur impedimentum, propter quod agi non poterat. Et fit semper causa cognita, *l. 3. de in integr. restit. l. fin. eod.* (in qua sc. justitia earum causarum examinatur, an veræ sint, quarum nomine, quis petit sibi subveniri, *d. l. 3. de in integr. restitut.*) Ideoque libellum, *arg. l. unic. ibi: an veritas allegationis tua. C. si advers. dot.* citationem *arg. l. 13. pr. vers. causa. de min. d. l. un. ibi: præsente adversa parte. C. si advers. dot. Auth. si omnes. C. si min. hæred. se abstin.* litis contestationem, *arg. l. fin. ibi: contestationem. C. de temp. in integr. restit.* probationem, *arg. l. 39. de minor. l. 13. C. de transact.* & sententiam, *d. l. 39.* exposcit. Et hoc judicium adeò requiritur, ut illo non præcedente, rescissorium non ...tur, *arg. l. 9. §. 3. 7. 8. h. t.* utpote obstaculo juris ... nondum remoto. Remedium autem, quod eo nomine conceditur, est Imploratio officii judicis de restituendo in integrum, *arg. l. 1. junct. d. l. 9. §. 3. ibi: posse eum à prætore in integr. restit. postulare h. tit.* Judicium *rescissorium* est, ipsa tractatio seu exercitatio remedii rescissorii, quod post rescissum negotium per judicium rescindens est concessum, *arg. d. l. ... §. 3. ibi: & prætorem me adsidente interlocutum esse; ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositum: sive exceptione adversus petentes non deesse exceptionem. h. t.* Atque hoc judicium seorsim à priori instituitur & finitur. Remedia autem pro illo competentia duplicia sunt *Actio & Exceptio*

Assim.

Duplex hic judicium.

Rescindens.

Rescissorium.

d. l. 9.

d. l. 9. §. 3. in fin. Actio vel vetus est vel nova, *arg. l. 21. §. pen. & ult. h. t.* & utraque restitutoria vel rescissoria, atque utilis, non directa, *d. §. pen. & arg. l. 9. §. 3. & seqq. eod. junct. l. 98. §. 8. de solut.* Illa, quæ ante competebat, vel in rem est vel personalis. In rem, si res metu interveniente extorquenti sit tradita, *d. l. 9. §. 4. & 6. l. 3. C. eod.* Personalis, quando quis metu compulsus, debitum per acceptilationem aut alio modo remisit, *d. §. 4. ibi, & in persona. &* §. 7. *h. t.* Nova actio est, quæ ex edicto h. t. nascitur, actio quod metus causa, *d. l. 21. §. 4. & 5. eod. t.* personalis simul & in rem scripta, quâ, qui non solvit debitum metu ab alio remissum, vel non restituit quod accepit, sive adhuc habeat illud sive non, in quadruplum condemnatur, *d. l. 21. §. 1. & seq. h. t.* Quod si nihil remissum vel traditum, sed saltem quid promissum sit, competit exceptio ex hoc Edicto, ejusdem cum actione indolis, h. e. non minùs in rem scripta, *l. 4. §. pen. de dol. mal. & met. except.* Cæterum ad prædicta quoque pertinet quæstio *de fructibus restituendis.* Hanc A. affirmat de illis etiam, qui percipi potuerunt. Verùm quoad hos rectiùs distinguitur inter m. f. & b. f. possessorem. Ille enim (cujusmodi est qui vim intulit, vel ad quem res pervenit & conscius vis illatæ) fructus perceptos & percipiendos cum omni causa tenetur restituere, *l. 12. h. t.* Hic verò nonnisi fructus perceptos exstantes, *arg. l. 18. pr. eod.* Oldend. *d. art. 10. n. 6.* Sed & illud hic Q. *An agens contra tertium actione quod metus causa, cogatur ei pretium refundere, quod fortè emendo impendit?* Quod regulariter affirmatur, *per l. 3. C. h. t.* & est verum de utili in rem rescissoria, secundum receptam Dd. sententiam, in interpretatione publica ejus legis mihi ante annum quoque probatam. Porrò Arbitrariam dicit hanc actionem A. *h. n. 6.* ubi notandum, actionem sic vocari duobus modis, 1. quia judex jubet rem restitui vel exhiberi *prout ei æquum videtur*; cui arbitrio si reus paruerit, absolvitur, sin minus, condemnatur. 2. ubi ejusmodi arbitrium non præcedit, sed instar aliarum actionum, *totum unâ statim sententiâ expeditur*, quâ judex suo arbitrio, quantum sit solvendum, æstimat. Et hoc modo arbitraria est actio, quod certo loco, & de dolo, *§. 31. I. de action.* priori vero actio quod metus causa, *l. 14. §. 4. h. t.* Concepta enim est hæc in quadruplum non simpliciter, sed cum conditione & per accidens; si sc. per contumaciam reus parere nolit: in quam sententiam bene inclinare doctissimum nostrum Wesenbecium; ait Bachov. *ad Tr. h. disp. 11. th. 5. E.* Idemque & in tertio possessore obtinet, ut si jussus per contumaciam non restituat simplum, in quadruplum condemnetur *l. 9. §. f. l. 14. §. 3. h.* Etiamsi b. f. possideat. Vid. D. Perez. *in C. h. n. 12.*

Qui fructus hic restituendi.

Cur actio hæc arbitraria.

N. VI. *Ego putaverim*) In restitutione ex hoc Edicto, ut ex prædictis constat, duplex occurrit judicium, rescindens sc. & rescissorium. Sed Q. *An in rescissoria actione nova quod met. causa instituta, duplex sit judicium & duplex sententia?* Quod negatur: quia licet arbitrium præcedat, tamen hic una est definitiva. Vel enim paret reus vel non; *illo casu arbitrium in sententiam quodammodo degenerat*, quia sub conditione conceptum erat, (nisi à reo res restituatur metu ablata, dabis quadruplum, *l. 14. §. 1. h. t.*) Hoc casu, licet singularis condemnatoria sequebatur, tamen *hæc tantum*, & sic nihilominus una hic *erat sententia definitiva.* Et hinc constat, rectè dicere Wes. quod arbitrium illud saltem sit interlocutorium; tum quia *duæ sententiæ definitivæ in una causa ferri nequeunt, l. 1. C. sent. rescind. non posse*: tum quod *jussum simpliciter non definiat*, sed sub conditione *potius, minetur* condemnationem vel absolutionem, quàm quod directò eam contineat. Conf. Bachov. *in not. b.* qui rationem Wes. de natura actionis hujus sumptam rectè refutat.

An in act. resciss. nova quod met. caus. duplex judicium.

N. VII. *Anno utili*) Actio quod met. causa in quadruplum, datur saltem intra annum 1. per *l. 14. §. 1. h. t.* 2. quia regula juris est *in l. 35. de O. & A.* quod actiones prætoriæ pœnales tantùm intra annum dentur. Neque obstat *l. fin. C. de tempor. in integ. restit.* per quam sublatam nonnulli putant *d. l. 14. §. 1. h. t.* quia non censetur Justin. prædictam regulam *in d. l. fin.* (ubi nec actionis hujus fit mentio,) sustulisse: tum quod secund. Dd. comm. *d. l. fin.* tantùm sit de remedio rescindente, quod scil. petenda restitutio in integ. intra quatuor annos: rescissoriæ verò seu restitutoriæ tantùm annum durant, *d. l. 35. de O. & A.*

Actio in quadruplum annalis.

N. IX. *De dolo teneri*) Ait A. & actionem de dolo concurrere, cum actione quod metus causa, quod probatur per *l. 14. §. 13. h. t.* Cui tamen valde contrarii videntur, *l. 1. §. 3. l. 7. pr. de dol. mal.* Bach. *in not. b.* putat *actionem doli concurrere, cum aliis ex delicto actionibus, quæ ad vindicandum dolum sunt comparatæ: actionem autem quod met. caus. esse ex delicto, & propterea concurrere, d. l. 14. §. 13. h. t. Regulam verò d. l. 1. §. 3. & l. 7. pr. de dol. mal* (*quæ actionem de dolo malo negat ubi alia supersit,*) *idem in comm. ad h. t. c. 3. v. 3. censet restringendam ad actiones ex contractibus vel alia id genus remedia, quæ non ad vindicandum dolum, sed pro eo, quod nobis abest competunt.* Verùm 1. restrictio hæc nulla videtur, cum *d. l. 1. §. 3.* sit generalis. 2. cessat etiam actio de dolo nec concurrit, quando pœnalis alia vel popularis dari potest, *d. l. 7. §. 1. & 2. de dol. mal.* quas tamen esse ex delictis traditum est. Et exinde simplicius dicendum, quod *strictè* quidem *jure* concurrant actio doli & quod met. causa, *d. l. 14. §. 13.* sed una alteram consumat, exinde, quod utraque sit rei persecutoria (hæc enim non est pœnalis, nisi per accidens, *l. 14. §. 1. h. t.*) at *Prætoris esse eligere*, quam dari velit, per *l. pen. de in integr. restit.* Ratio est *in d. l. 1. §. 3. de dol. mal.* quia actio doli & extraordinaria est & famosa, quæ propterea non danda temere, sed in subsidium. Ex quibus consequitur, quod in nostro casu, actio quod metus causâ in effectu cũ actione doli non possit concurrere; quia illa nunquam famosa est, hæc ex natura sua & semper, *d. l. 1. §. 3. de dol. mal.* Nec officit, quod Wesenb. *h.* ait, vim sine dolo malo non adhiberi. Nam ad actionem doli non sufficit nudus dolus, sed ut & desit alia actio, *sæpe d. l. 1. §. 3. & l. 7. de dol. mal.* Cæterum de metus exceptione, an ab eo queat objici qui propter decretam à judice executionem solutionẽ, dicit se promisisse metu securæ executionis. vid. Dn. Mevius *p. 2. dec. [illegible] juncl. dec. 42.* Dn. Manz. *h. tot. tit. 4.* Dn. Stuckius *p. 1. cons. 1. n. 560. 561. cons. 15. n. 963. 965. cons. 22. n. 139. & 142.* quodque metus non præsumatur sed sit probandus, Dn. Richter *p. 1. cons. 31. n. 3. 4. & 5.*

Quomodo hic concurrat actio de dolo.

* * *
* *

TITULUS III. C. 2. 21.

De Dolo malo.

1. *Dolum olim tribus tantum casibus fuisse vindicatum.*

HOc in titulo de secunda restitutionis specie agitur, cum quis Dolo malo adversarii circumventus, in fraudem & damnum incidit. Nam olim jure civili tribus tantum casibus dolus coercebatur: primo ex lege duodecim Tabul quando in tutela commissus erat: secundo ex lege Lectoria, circumscriptis adolescentibus: tertio sine lege, in Judiciis, quibus ex bona fide addebatur. *Cic. lib 3. Offi.* Unde apparet, contractus bonæ fidei per dolum contractos: non fuisse ipso jure nullos, alioqui nec obligatio, nec actio, neque judicium constitui potuisset: *l. licet. § ea de procur. l. si pup. 6. §. videamus, inf. de neg. gest.* sed obligationem jure civili constitisse: quia licebat se invicem, contrahentibus decipere: *l. in causa 16. §. pen. de minor.* verum in judicio bonæ fidei, quod dolo malo factum esset, solere purgari aut retractari, *l. si dolo, 5. C. de rescind. vend.* excepto cum minor contra legem Lectoriam deceptus esset: *l. & eleganter. 7. h. t.* talis enim contractus, ne inter majores quidem valebat, *d. l. in causa 16. de min.* utpote contra legem factus, *l. non dubium. C. de leg. §. si adversus, Instit. de nupt.* & ideo totus irritus: aut cum dolus ab utraque parte interveniebat, *l. 3 pro soc. l. si in empt. 34. de cont. empt.* qui contractum bonæ fidei stare non patitur, quando nulla utrinque bona fides intercesserit. *l. dominum. 57. de cont. empt.* in reliquis porrò, quæ non sunt bonæ fidei, conventionibus, qui circumscripti erant, efficaciter obligabantur. Sed quod iniquum videbatur, non modo dolum esse impunitum, *l. in delictis 4. §. cum dominus, 2 de nox. act.* verum etiam cum detrimento alterius quæstuosum, *l. ne ex dolo 12. h. t. gloss. in l. 1. per illum text de eo per quem fac.* Aquilius prætor ætate Ciceronis æquiss. de Dolo Malo coercendo formulas, verissimum everriculum omnium malitiarum, primus proposuit: *Cic. lib. 1. & 3. Offic.* quarum deinceps summa in Edictum Perpetuum ad hunc ferme modum est relata.

2. *Edictum de dolo.*

QUÆ DOLO MALO FACTA ESSE DICENTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT, ET JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, JUDICIUM DABO. *l. 1. in princ. h. t.*

3. *Ratio edicti.*

Hoc edicto Prætor adversus varios & dolosos, qui aliis obfuerunt calliditate quadam, subvenit: ne vel illis malitia sua sit lucrosa, *d. l. 1. de eo per quem fac. l 5 si quis caut l. non fraudantur, 134 in fin de reg jur.* vel istis simplicitas damnosa: *§. sed quia Instit de fideicom. hered. l. 4 § ult. l. 1. & passim. de excep dol. ma.*

4. *Quis sit dolus malus.*

Dolum autem malum (rejecta Servii definitione, quam tamen Cic. lib. 3. Offic. probat, & alibi Vlp *l. juris gent. num, 7. § dolo, 4. sup. de pact. Paul lib. 1. tit. 8*) Labeo ait, *l 1. §. 1. unde l. ult. C. de litigios.* esse omnem calliditatem, fallaciam machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Cum machinationem adhibitam definiat, facilè intelligi potest, dolum in committendo versari: qua potissimum nota a culpa etiam lata discriminatur: nam hæc magis in negligentia vel ignorantia consistit, *l si mora, ub gl. ff. so. mat. l. mag negl. 226. l. lata, 223. de verb sign. l. 3. de jur. ign.* Non fuit autem contentus Prætor Dolum dicere sed adjecit MALUM distinctionis causa & per diastolen: quoniam veteres etiam Bonum dolum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebant: maximè si adversus hostes aut latrones quis machinaretur. Dolus enim an virtus, quis in hoste requirat? *l. 1. §. 3. h. t. l. 5. in si de re milit c. dominus. 23. q 2. Menoch. consil. 100. num. 222. Panorm. c. in nostra, nu. 7. de sepult ubi duplicem statuit dolum, alium bonum alium malum* ut nomen homonymum hac adjectione fuerit distinguendum, qui sciretur, quem dolum Prætor notaret.

5. *Edicto non esse locum, si alia actio sit.*

Ait Prætor: SI DE HIS ALIA ACTIO NON ERIT. Merito Prætor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia actio non sit, nam ejusmodi agendi genus, quo perpetua ignominiæ nota condemnato inuritur, *l. 1. verb. dolo de his qui not. infam.* non temere debuit a Prætore decerni, si sit alia actio, qua quis possit experiri, *d § 1 d. l. 1. h. t.* Itaque non est huic Edicto locus, cum tutore colludente pupillus a Titio circumscriptus est: *l. 5. h. t.* quia ex lege XII. Tab. judicio Tutelæ, quod sua interest, à tutore consequitur, nisi is solvendo esse desierit: *l. nemo is 6.* Item si minor circumscribatur, quoniam in integrum restitui potest *l. 1. §. non Pompo 6.* ut si quis in contractu bonæ fidei sit circumventus, omnibus enim bonæ fidei judiciis exceptio doli inest: *l. hujusmodo. 84. §. qui servum. 5. de leg. 1. l. sed et si 21. solutas.* ut in his qui vel agendo vel excipiendo, machinatione se adversarii deceptum probat, in integrum ex bono & æquo restituatur, arbitrio judicis: qui vel contractum nullum declarabit, si dolo quis ad contrahendum inductus fuerit: *l. & eleganter. 7. in prin.* vel si eum ratum habendum putet, ne quid decepto dolus adversarii noceat, pro singulorum factorum qualitate & circumstantiis pervidebit, *d. l. 7. in fin l 9. hic l. si dolo 5. l. dolus. 10 C. de rescind. vend.* Denique quocunque tandem modo quis tutus sit: sive exceptione, sive actione, civili aut honoraria, sive pœnali vel etiam populari: *d. l. eleganter. 7 in prin.* denegabitur ex hoc Edicto in integrum restitutio, *d l 1. §. ait prætor. 3. cum multis seq. l. 2. 3 7. §. 1. & 2. § pen. l. arbitrio. 18. §. 1. & 2. h. t.* nisi probabiliter, an alia actio competere possit dubitetur: *d. l. 7. §. 3.* aut nisi alia actio quæ concurrit, æque famosa sit ut Stellionatus, *l. 3. de crimin. stell. vide gloss. & Dd. in l. sub prætextu. 19. C. de transact.*

6. *Sine justa causa non dari hanc actionem, & quando cesset: ac de actione in factum.*

Eadem ratione prætor causæ cognitionem inseruit ET JUSTA, inquit, CAUSA ESSE VIDEBITUR nec enim tam gravis actio passim fuit indulgenda *l si quis 9. §. fin.* Quare si modica sit summa, h. est, ad duos usque aureos: non debet dari hæc actio, *d. §. fin. cum l. seq.* sed in Factum potius, *gl. & Dd. in d. §. fin.* perinde ut moribus nostris actio Furti criminalis nequaquam locum habet, nisi tres aureos furtum superet, *vide gl. & Dd. in §. gallin. Instit. de rer. divis. & ins. tit. de furt. ubi dixi.* Sed & quibusdam personis non dabitur: ut puta liberis vel libertis, adversus parentes patronosve: item humili, ut plebeio, adversus Consularem: prodigo, aut alias vili, adversus hominem vitæ emendatioris, cum parcendum sit talium personarum existimationi. Quid ergo erit in horum personis? Dicendum est, in Factum verbis temperandam de dolo actionem, ut bonæ fidei mentio fiat: h. est, ut addatur clausula bonæ fidei, concepto in ipsum factum, cui dolus inest, judicio: atque ita ex bono & æquo judex arbitretur, ne contra quam bona fides exigit, fraus alterius alteri noceat, dissimulata interim doli mentione, quamvis ex narratione facti possit utcunque colligi & apparere.

7. *Qualem actionem, cui, adversus quos prætor det. & ad quod.*

Ait prætor: JUDICIUM DABO, ut cujusmodi? non modo tribuendo Exceptionem, *l. fin. h. t.* sed etiam Actionem, utra superiore Edicto: a quo tamen eo distat, quod in hoc designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in Metu non sit necesse: *l. sed & §. fin.* quia hæc tristis & famosa actio ne nimium evagetur, non in rem sed in personam quæ dolum fecit, scripta est, unde & certo comprehendi debet, quod dolo malo factum sit: ut sciatur qua in re, a quo actor sit circumscriptus *l. item 6.* Porrò cum ab iis, qui dolum commiserunt recesserit, in alios non competit, nisi quatenus ad eos pervenit, *l. sed & 15. §. pen. l. si plures 17. §. fi.* Sane si plurium dolo quid factum dicatur, omnes quidem ex suo crimine in solidum obligabuntur: sed quod actio est Rei persecutoria, & bona fides non patitur, complures idem exigi, uno rem, vel quanti ea res fuit restituente, omnes liberabuntur, *d. l. si plures ex l bona fides. 17. de reg. jur.* Sed & hæc actio est Arbitraria, in qua restitutio fieri arbitrio judicis jubetur: quæ ni fiat, sequitur condemnatio, Quanti ea res est: cujus æstimatio jurejurando in litem actoris committitur, *vide tit. ff. & C. de in lit. jur.* Non tamen semper in hoc judicio arbitrium judicis dandum est. Quid enim si manifestum sit, rem restitui non posse? veluti si servus, dolo malo traditus, sit defunctus idemque protinus condemnari debeat reus in id quod interest actoris. *d. l. arbitrio. 18* Neque verò hic ad quadruplum crescit in contumacem condemnatio: quia dolus non eam, quamvis, cum furto habet affinitatem: decepto enim volenti, non invito, aufertur: ideoque furti pœna locum hic non habet. Ac visum fuit sufficere, si refusis actori damnis, reus invindictam doli non existimationis jactura plecteretur: *l. 1. §. non fuit. h. t. l. 1. verb. dol. de his qui no. inf.* quæ certe homini ingenuo, prudentique omni pecuniæ jactura gravior esse: *l. justa. ub gl. de mann. vind. debet, fac. l. liceo, 103. de ver. sig.* Sed cur hæc actio peræque non est Rescissoria, & contractum retractat, atque superior quæ ob Vim datur? Respondeo: Edictum de vi, ita Prætor concepit, ut polliceatur se Ratum non habiturum, atque ita Irritum facturum quod gestum est. De dolo non eodem modo edicit. Nam dolus quadantenus permissus est contrahentibus, ex natura & usu commerciorum ac solertiæ humanæ: *l. in causa 16. §. pen. de minor.* nec perinde magnum scelus est ut metus aut vis: quia hæc in publicum crimen incidit, *ad l. Iul. de vi publ. & de vi priva. l. hoc jure. 152. de reg. jur.* dolus non item, *l. 1. de crim. stell.* Quare visum fuit hanc levius coer-

cere,

cere satisque esse damnum refundi, ne contractus hoc prætextu temere rescindantur.

8. *Quo tempore finiatur.*

Hæc autem actio Utili olim anno, hodie Continuo biennio, qui gravis & odiosa est, terminatur: *l. fin. C. eod.* adeo ne litis quidem contestatione perpetuetur: *gl. & Dd. in d. l. fi. C. et Salic. in l. fin. C. de præsc. 30. annor.* Cæterum in Factum actio, quæ datur in quantum factus est reus locupletior, Perpetua est: *L. itaque 28 in fin. hoc tit.* cum quia cessat acerbitas ignominiæ, *l. sabinus 19.* tum quod nullo tempore lucrum ex delicto cum alterius damno sit sperandum: & hæc actio merè sit Rei persecutoria, quod genus 30. annis durat: *l. 3. 4. de act. Instit. de perp. & temp. act. l. 1. unde vi. cum similib.* qua ratione etiam Doli exceptio perpetua, *l. purè, §. 4. ult. de dol. mal. except.* est. Nec enim infamat, quoniam opposita exceptione doli non damnatur actor, sed absolvitur reus. Nemo autem ex dolo infamis est, nisi de dolo damnatus, *l. 1. de his qui not. inf.* Deinde exceptio rem tuetur: eoque ut rei persecutoria durare in perpetuum debet, *l. si pact. 6. C. de except. l. purè, in fin. de dol. except. glo. in l. 3. verb. persecutione, C. de præscr. 30. annor.* Perpetuitas autem hæc non item ut in actionibus *Instit. de perp. & temp. act.* sic hic 30. annis concluditur: *gl. l. 3. verb. persecutione C. de præsc. 30. ann. & l. si pactum, 6. C. de exc. Panor. Felin. c. si autem, de rescr. Franc. Balb. de præscr. 4. par. 4. partis, §. 17.* Illis enim ob negligentiam cessantium jura sua persequi, tantò tempore præscribitur, siquidem agi possit? *l. unic. §. 1. C. de annal. except.* at exceptione non perinde ut actor actione, *l. 1. C. ut nemo. in in l. 5. §. ult. de do. except.* reus arbitratu suo potest uti, cum illi semper expectandus sit actor, cujus actionem exceptione præcludat. Nulla igitur cum possit ei imputari negligentia, quippe qui excipere non valeat, nisi agatur: meritò nulla quoque currit ei præscriptio, *l. 5. l. 6. C. de excep.* nisi in exceptionibus, quæ per modum etiam actionis proponi possunt, *Bal. Sal. & communiter Dd. d. l. 5. & 6. per l. quæsitum. § ult. de pecul. Bald. l. sicut, nu. 11. & 13. C. de præsc. 30. anno & l. si ex cautio. C. de non nu. pecu. Felin. in cap. si cautio. nu. 69. de fi. i. str.*

9. *Quæ non transeat ad hæredes.*

Hæredibus porrò hæc actio datur, quia rei persecutoria. In hæredes autem cæterosque successores Perpetuo extenus, quatenus ad eos pervenit: *l. si plures. 17. in fin. l. in hæred. 29. cum ll. seqq. h. t.* nam iniquum esset, ulterius quenquam ex alieno delicto obligari. Quod enim ultra est, pœna est in personā hæredum, cum ad eos rei non pervenerit, nec sint facti locupletiores, quo pœnali genere actionis hæredes conveniri non solent, *l. 1. de priv. delict. l. unic. C. ex del. def.*

OBSERVATA.

An contr. dolo initus ipso jure possit nullus. Communis Dd. sententia distinguens.

N. I. *Unde apparet*) Movet hic A. quæstionem, an contractus bonæ fidei per dolum celebratus sit ipso jure nullus? Quæ quæstio quidem est de jure positivo. Sed probatur sententia communis distinguens 1. inter dolum dantem causam contractui & incidentem: 2. inter contractus b. f. & stricti juris, Covarr. *in rel. c. possessor. R. I. pr. 2. §. 6. n. 6. & seqq.* Dans causam contractui, est ubi quis fraudibus inducitur ab alio, s. sciente, ut negotium celebret, aliàs non celebraturus, *l. 1. l. 7. vers. si in hoc ipso. h. t.* Incidit dolus ubi quis nihilominus quidem erat celebraturus, sed in negotio conficiendo decipitur; ut, si quis dolo faciat, ut res pluris vel minoris vendatur, *l. 18. §. 3. Commod. l. 13 pr. de act. empt.* vel quando res ipsa absque facto contrahentium in se dolum habet, *l. 36. de V. O. Conf. Grot. de I. p. & b. l. 2. c. 12. n. 12. Leonh. Less. de I. & I. l. 2. c. 17. dis. 5.* qui tamen dolus est æquivocè, cum ipsi definitio doli haud competat. Quod si itaque *contractus celebratus bonæ fidei ex dolo dante causam contr. tum is ipso jure nullus est*, nec opus habet rescissione, *d. l. 7. pr. de dol. mal. l. 3. §. fin. pro socio l. 16. §. 1. de minor.* Si ex *incidenti, valet* quidem, sed *infringitur* vel per *actionem ex contractu* vel *exceptionem*, *d. l. 13. §. 4. & 5. de act. empt. l. 1. §. 2. de pignor. act.* Si verò contractus est *stricti juris*, tum *indistinctè valet*, & rescinditur per exceptionem doli, *l. 36. de verb. obl. l. 5. C. de inut. stipul.* vid. Gœdd. *d. tr. de contr. stipul. c. 3. nu. 112. & seqq.*

Ratio distinctionis.

Ratio differentiæ inter contractus metu initos & dolo factos difficilis est valde. Communiter dant hanc, *quod in illis sit consensus & à parte ejus, qui metum infert, & à parte ejus, qui patitur: quia metu licet impulsus, idem tamen vult, quod inferens*, neque potestas neque voluntas ibi deficiunt, quæ actionem spontaneam conficiunt: *In his verò deficit alterum consensus principium, voluntas scil. quia, qui dolo decipitur, ignorat alterius fraudem, adeoque per errorem in idem quod vult inducens, non consentit* simpliciter, sed semper cum conditione, *rebus sic stantibus*, ut nostri loquuntur. Neque alteri malitia sua, contra principia moralia debet esse lucrosa, alteri verò sua simplicitas damnosa, *Bachov. in comment. ad h. t. c. 2. in pr. Quamvis dicta ignorantia, nisi circa substantialia sit, actum naturaliter & planè involuntarium non efficiat.* Dixerim itaque, in illis quæ metu gesta, esse voluntarium manifestius, & absolutum, quoad actum scil. eligendi: in his, quæ dolo fiunt esse conditionale, & non semper ab utraque parte, atque ita absolutum. Jung. Dn. Frantzk. *h. comm. n. 14.* Ratio autem distinctionis inter contractum bonæ fidei & stricti juris est, *quod dolus in illis excludat qualitatem contractui substantialem* (ut vult Gœdd. *d. c. 3. n. 143.*) vel potius naturalem (secund. Bach. *de loc.* aut necessarium aliquod requisitum) *in his vero accidentalem*, bonam scil. fidem, *quæ in omnibus quidem contractibus requiritur, l. 4. C. de oblig. & act.* in illis verò *exuberanter* & ex natura negotii; etiam in non expressis *l. 5. C. de resc. vend.* in his non nisi expressis, & ex accidenti. *Et cum ideoque b. fidem adesse sit accidens contractus stricti juris, si absit id, non facit eum ipso jure nullum.* Quod autem dolus incidens, etiam contractum b. f. non statim annihilet, causam puto, *quod ejusmodi dolus non adhibeatur circa consensum* (*ut dans causam*) *qui liber & purus ab initio, quod quis aliàs erat contracturus, sed tantùm v. c. circa valorem rei: quodque ejusmodi dolus ob liberum usum commerciorum toleretur, & non rescindatur propterea contractus, nisi læsio fuerit ultra dimidium.* vid. Celsum Bargalium *ampl. & eleg. tr. de dolo lib. 2. rubr. de dolo incident.*

Respondetur Wesenb. dissentienti.

Dissentit Wesenb. *h.* putans contractus b. f. nec ex dolo dante causam contractui, esse ipso jure nullos 1. *quod ipso jure civili consistunt, l. 16. §. pen. de minor.* 2. *quod dolo malo factum in judicio b. f. retractetur, l. 5. C. de resc. vend.* Cum tamen idem Noster *infr. n. 5. verb. qui vel contractum nullum*, sibi haud constans, in genere affirmet, quod contractus nullus declaretur, si quis dolo inductus fuerit. Sed Resp. ad 1. cum Bachov. *in not. id hic loci prorsus absurdum & falsum esse, quia pertinet regula d. l. 16. ad dolum incidentem.* 2. *Ad d. l. 5.* respondetur, *quod rescindi hic sit idem, quod nullum declarari, ut & in l. 9. C. de prud. mem quia id aliquando producitur & de illis, quæ ipso jure nulla, arg. t. t. quando sentent. sine appell. rescind. junct. l. 7. pr. h. t.* Neque etiam fundamentum habent duæ exceptiones, quas Wesenbec. subjicit, *in quibus solùm b. f. contractus sit ipso jure nullus, scil. 1. quod minor contra leges Lectoriam deceptus sit, quo restringit l. 7. h. t.* 2. *ubi dolus ab utraque parte intervenerit, l. 3. pro soc. l. 57. §. fin. de contr. empt.* Quia *l. 7. h. t. generalis, nullam patitur restrictionem, sed indistinctè & in majore & minore in ejusmodi contractu locum obtinet.* Deinde *l. 3. pro soc.* (agens de societate, ad quam quis inductus est dolo malo aut animo fraudandi) *in genere loquitur*; ratione adjectâ, quod fidei bonæ, quam intendunt quicunque contrahentes, contraria sit fraus & dolus; *quæ ratio generalis est.* Agunt enim hoc, ut absit omne quod nocere possit, & ad ignorata nolunt se obligatos; *Sive unus inducatur dolo, sive uterque: quia, & si ab una tantum parte quis inductus est, nihilominus nullum esse contractum apertè dicit l. 57. §. 1. de contrah. empt. l. 16. § 1. de minor.* Quod autem in ead. *l. 57. §. fin. habetur, nullum esse contractum, cum utrinque dolus accessit, illud non*

strictè est intelligendum, ut illo casu tantum valeat. Denique *l.34. de contrah. empt. non agit de contractu emptionis dolo inito, sed obscura & generali promissione.* Diss. adhuc aliter Bachov. *in comm. d.c.2.* putans contractus b. f. ex dolo causam dante quidem esse ipso jure nullos; sed hoc tantùm verum in consensualibus, non in realibus; quod textus, quibus contractus bonæ fidei ipso jure nulli dicuntur, loquantur de contractibus, qui consensu perficiuntur. Verùm responderi potest, *quod in realibus eadem ratio, quæ in cæteris militet,* scil. defectus bonæ fidei, *arg. d.l.5. C. de rescind. vend.* Nec officit *l.10 C. de rescind. vend. & quod traditio ex ejusmodi contractu facta eum sustineat.* Quippe, *ut idem Bachov. in not. h. sibi respondet, fit hoc non ex conventione sed traditione:* & distinguendum est, inter causam contrahendi negotium bonæ fidei, & acquisitionem dominii; Illa, nisi bon. fid. consensu utriusque perficiatur, nulla est, *l.55. & l.57. de Obl. & act. junct. l.5. C. de rescind. vend.* Hæc verò etiam ex causa putativa sustinetur. *l.36. de a.r.d.* Hæc de lege civili. Illâ sepositâ dist. videtur inter dolum *circa substantiam contr. & accidentia.* Ex illo contractus initio est invalidus, *quia in substantialibus omnis promissio fundatur, quibus itaque deficientibus naturaliter nulla ejus vis vel obligatio est; nec enim promissor consensit in promissum nisi sub quadam conditione, quæ re ipsa non exstitit, v. c. si in emptione error vel dolus sit circa titulum, pretium, mercem vel corpus l.18. de reb. cred. l.9. de contr. empt.* Ubi dolus circa accidentalia contigit, contr. non est irritus, sed valet, (1) *quia licet error subsit, is tamen non circa illa est in quib. fundata promissio, sed adest consensus decepti, sufficiens ad reddendum actum simpliciter voluntarium;* quia consensit in rem ipsam, nec opus, ut qui contrahit sciat & consentiat in omnes rei qualitates. Hinc valet emptio, si res majoris pretii minoris distrahatur, & corrigitur damnum actione contractus, *l.2. C. de rescind. vend. c. dilecti de empt. vend.* (2) *nec injuria decipientis destruit omnino valorem contractus, quia si deceptus volit agere, decipiens obligatur vi contractus, nec potest resilire.* Aliquando tamen contr. *partim validus* est, *partim invalidus,* ut si mutuo adjiciatur pactum augens, *l.11. §.1. de reb. cred.* mutuatariũ enim non obligat. Idem in aliis; Neque disting. hîc utrum contr. b. f. sit, vel stricti juris, utrum dolus incidens, vel dans causam, quia hæc jus naturale ignorat. Conf. Filliuc. 2. *tr.33. c.7.* Card. de Lugo *disp.22. sect.7.* Grot. 2. *de l. p. & b. c.11. n.6.* Diss. Covarr. *d. §.6. n.8.* putans contr. cui dolus causam dedit, etiam jure nat. ab initio nullum esse; quod à dolo abstinendum & proximus non sit decipiendus, quæ fuit sententia Cunradi & Rebelli, & sequitur de Salas *de contr. p.41. dub.27. n.7. Verùm insuper non negligendum est, an actus ex dolo reddatur simpliciter involuntarius, secundum prædicta. Neque licet jur. nat. alteri metum injustè excutere, ex quo tamen eod. jure obligatio est.* Dolus etiam quo proximus deceptus, aliter corrigi potest, quàm per actus nullitatem.

An contr. ob dolum nullus jure naturali.

N. IV. *Rejecta Servii definitione)* Ita & Bach. *ad Tr. h. th.6. A.* Verum non opus est rejectione, utraque enim retinere potest. Dolus namq; malus *strictè* sumitur *pro fallacia, quâ aliud agitur aliud simulatur.* & definitur Servio & Pædio *in l.7. §.9. de pact. l.43. §. fin. de contrah. empt. l.1. §.2. h. t.* machinatio quædam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, aliud agitur. *Et hanc strictiorem esse definitionem ostendit ipse Labeo in d. l.1. §.2. quod possit esse dolus etiam sine simulatione. & patet in delictis gravioribus, homicidio, rapinis &c. quæ sæpius ulla absque simulatione & dissimulatione committuntur, dolumque continent ex proposito, arg. l.7. & 10. ad L. Corn. de sicar. l.2. pr. & §.8. vi bon. rapt.* Aliquando autem dolus malus *latè & generaliter* sumitur pro *quavis calliditate alicui nocendi:* & sic definitur à Labeone *in d. l.1. §.2. in fin. h.* omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. *De qua definitione, duo imprimis notanda:* Primum est, has voces: *calliditas, fallacia, machinatio,* hîc non esse synonimas, (licet sæpius alioquin ab auctoribus confundantur) ut opinatur Bach. *ad Ant. h.* quia machinatio continet dolum in faciendo, (*opere ipso, adeoque* facto vel verbo, *l.22. §.4. in f. C. de furt. l.3. C. de usfr. et jud. l.1. C. de sent. quæ pro eo quod interest. l.7. ibi verbis: ambiendi machinationibus. C. de nat. lib. l.28. §.1. ibi: nemo callidus machinator hujusmodi iniquitatis in posterum inveniatur. C. de testam. Cagnol. in r. fraudis interpretatio. n.5. de R. I.*) Fallacia dicendo quidem, sed falsum, & interim verum tacendo, reticendo, *l.2. ibi: sive in tacendi fraude. C. si contra jus vel util. publ. l.1. §.1. junct. §.2. l.14. §.9. in f. l.38. de adil. edict.* hinc enim & mendax (reticens verum) asserendo quod falsum est, fallax dicitur, *l.43. §.3. de furt.* Calliditas (in dicendo) verbis facto subsecuto, *l.4. l.6. l. f. si quis omiss. caus. testam.* quomodo & callida dicitur supplicatio, *l.22. §.13. de repud. vel abstin. hered.* callida repudiatio hæreditatis *l.4. C. ad Senat. Trebell.* instigatio ad accusandum *l.22. de his qui not. inf.* orator, cujus munus in dicendo consistit, & mercator callidus, *Arist. in problem. sect.18.* Sicque intelligendus est Cell. Bargal. *tr. de dolo l.2. c.1. n.30.* inquiens: dolus tribus modis committitur, faciendo, tacendo, dicendo, scilicet contra veritatem; primus dolus continetur in verbo *machinatio,* secundus in verbo *fallacia,* tertius in ultimo verbo *calliditas.* Et concordat Ludov. Molina *de Inst. & Jur. tom. 1. tract.2. disput.203. n.1.* dicens: dolus latè sumptus, est executiu solertiæ s. astutiæ, *dicendo, faciendo* aut *omittendo* aliquid, quo rectè aut non rectè alius decipiatur in aliquo, idque sive in damnum id sit illius, sive non. Quo fit, ut dolus interdum in bonam, interdum in malam sumatur partem, ut cum Labeone Ulpianus *in l.1. §.1. de dol. mal.* ait. Et porro *eod. n. in f.* subjicit: Possumus verò dilucidius ac brevius definire in hunc modum dolum malum: *Est perversa executio solertia, dicendo, faciendo, aut omittendo aliquid, quo alius decipiatur.* Hæc Molina. Vide Glossam *in d. l.1. §.2. h.* aliter dicta vocabula definitionis doli explicantem, (q. machinatio sit occulta quædam, arte verborum informata insidiatio, *l.13. §.6. de act. empt.* fallacia mentiendo fiat, *d. l.43. §.3. de furt.* calliditas reticendo, dissimulando, *l.13. §. f. de act. empt.* Quod tamen ibi minimè probatur.) citatam quidem mihi verbo saltem, in priori horum Observ. editione, sed non ut probantem meam sententiam, verum ut sedulus Lector illius (*Glossa*) quoque hac de re opinionem, ubi volupe esset, perspiceret, conferret: Quod itaque quando familiare mihi, in toto opere, ad Interpp. ita subinde remittenti, injuriâ me meaque vellicavit nuper juris novus Hodogeta *chart. a. clim.3. §.35. in exeg. p.558.* De cætero calliditas exactissime loquendo, bonis scriptoribus notat animi habitum sive *malitiam ipsam,* fallacia autem & machinatio *actus, ab animi illa malitia provenientes.* Calliditas & fallacia semper in malam partem capiuntur, machinari & machinatio interdum & in bonam. Ita Cic. *1. off. p.359. edit. Lambin. fol.* ex Platone, scientia, dicit, quæ est remota ab justitia, calliditas potiùs quàm sapientia est appellanda. Et *3. de nat. Deor. p.243.* versutos eos appello, quorum celeriter mens versatur: callidos autem, quorum tanquam manus opere, sic animus usu concalluit. Et *l.2. de finib. p.60.* eidem tribuit optimè *posse* architectari voluptates. Nec non *3. offic.* fuit stulta calliditas perversè imitata prudentiam. Neque etiam impropria est fallaciæ usurpatio, extensa ad quamvis fraudem quovis colore tectam: quomodo Ovid.

Definitio doli ut stricti.

Ut latè accipitur.

Quid machinatio.

Fallacia.

Quomodo bonis scriptoribus dictæ voces usurpentur.

13. meta-

13. *metamorph.* dicit: sumptæ fallacia vestis deceperat. Et apud Plaut. *Asin. act. 1. scen. 1. vers.* 55. mulierem quam amabam, nauclerico ornatu per fallaciam ipse abduxit. Quo sensu fallacia est, cum aliud præ nobis (sive verbis, sive factis) ferimus, aliud autem occultè intendimus, agimusque, & agenda omittimus. Et ergo juxta hæc quoque Labeo rectè definivit dolum per id quod opere, linguâ, animo, in alterius fraudem quis molitur. Neque vero exinde impropria est, legibus nostris usurpata, supra enim memorata calliditatis usurpatio. Nam propria significatio dicitur vel singulorum, *Arist. de art. Poet. c. 21.* Quandoque per translationem, nonnunquam ex communi usu loquendi, *l. si ita quis. ibi: quod utique nemo sanus probabit. de evict. Alciat. l. 1 de V. S.* interdum juxta terminos artis seu thechnicos, *Camill. Gallin. l. 2. c. 2. de V. S.* Tantum de primò quod hic notandum supra diximus. Alterum est, quod Ulpianus in eodem §. 2. *d. l. 1.* dum inquit: *Labeonis definitio vera est*, non repetat definitionem Servii, ut plerique arbitrantur; & quia in sensu strictiori etiam Servii definitio vera est; & quia idem Ulpian. *in d. l. 7. §. 9. de pact.* eandem refert nec rejicit. *Cagnol. in l. omnis n. 68. de R. I.* Differt dolus à lata culpa, sed non in eo, ut putat A. quod *ille in committendo*, hæc, verò *magis in ignorantia & negligentia* consistat; sed quod ille semper fit ex proæresi, voluntate nocendi, seu ex proposito fiat, *l. 11. §. 2 de pœn.* Add. Aristot. 1. *Rhetor.* 13. culpa verò non nisi ex ignorantia & omissione diligentiæ, *l. 223. l. 226. de verb. sig.* Et culpa quoque alia est, in committendo alia in omittendo, *arg. l. 121. de R. I.* Hæcque *omnia dependent ex princip. à potentiis hominis desumptis.* Cæterum dolus bonus describi potest, *arg. l. 1. §. 2. ibi: sicut faciunt, qui per hujusmodi dissimulationem deserviunt & tuentur vel sua vel aliena h. t.* ipsium, vel alterum, proprias res vel alienas juvandi astutia. Nanitum solertiæ, (astutiæ) quæ genus doli est, duo sunt fines, agere honesta, quod laudandum: vel mala, quod in vitio ponendum, 6. *Ethic.* 13. Prior actio dolus bonus dicitur, altera dolus malus, πανουργία. Versutia. Hæcque non modo in animo consistit, sed & factum exigit, *l. 41. in f. ad L. Aquil. l. 79 de R. I ibique Christoph. Sturc. n. 1.* cum actio sit bonitatis, de cujus validitate Prætori cognoscendum, *add. n. 5. h. t.* Habetque sese vel positivè in faciendo, dicendo, vel privativè tacendo, omittendo. Conf. latissimè de eo differentem Bargal. *de tr. lib. 1. c. 3. 4 5 6. 7. 8. 9.*

Juxta hos quoque rectè definitus est h. dolus.

Differentia a lata culpa.

Quid dolus bonus.

N. V. *Denique quocunque* Docetur *h. & n. 6.* quando actio doli locum habeat, ubi tria præcipue requiruntur 1. ut quid sit *factum* dolo malo, *l. 1. §. 2 h. t.* quia Actor hîc probare tenetur, *l. 18. §. 1. de probat.* Unde causæ cognitione opus est, & circumitione, ne Prætor directò statuat contra jus civile 2. *deficiat alia actio*; cujus duplex ratio *in d. l. 1. §. 3. h.* & quia extraordinaria est, & quia famosa; nisi vel dubitetur probabiliter, an alia actio competere possit, vel actio quæ concurrit, æque sit famosa, *all. l. 3. Stellion.* 3 ut nihil interveniat, quod justè hanc actionem excludat. Add. not. *infr. n. 7. ad fin.* & Dn. Frantzk. *h comm. n. 17. & seqq.*

Requisita actionis dolo.

N. VII. *Judicium dabo* Porro de qualitate hujus actionis notandum præcipue 1. quod Edictum actionis quod metus causa, Prætor prius facta rescissione det [illegible]em restitutoriam, hîc verò statim det actionem vel exceptionem doli. Ideoque totum uno actu expeditur. 2. Actio ista in personam est, licet detur adversus hæredes quatenus ad [illegible] pervenit, *l. 17. § fin. h.* vel [illegible] contra illas [illegible]s, quas inter aliqua conjunctio est (ut quando dominus ex eo, quod ex procuratoris dolo ad eum pervenit, convenitur, *l. 15. §. 2.* [illegible].) Fit enim hoc non aliter, quàm *sub qualitate actionis personalis*, ut turpe lucrum hæredibus auferatur, quod commune omnibus ex delicto, vel etiam *sub qualitate actionis in factum*: non vero contra hos datur quà possessores. Vid. Bachov. *ad Treutler. d. disputat. 3. th. 6. Cod.* ubi Coratium, *existimantem & hanc actionem esse in rem scriptam, ut est quod met. causa,* refutat. III. *Persecutoria* est, competens ad id quod interest, *l. 18. hoc tit.* Sed talis ex *delicto*, hoc singulare habens, quod graves existimationem *l. 1 § 5. eod. l. 1. de his, qui not. infam.* IV. *Arbitraria* dicitur, non ut quod metus causa, sed *quatenus judex in genere hic ex arbitrio*, quantum sit solvendum, æstimat. §. 31. *Inst. de Act.* Vid. not. *supr. n. 5. t. prac.* V. Inquirit Wesenb. in rationem, cur in actione quod metus causa, contumax condemnetur saltem in quadruplum; hic verò protinus in id, quod interest, & fiat infamis. *Certè (si acquiescere nolimus in eo, quòd hæc juris sint positivi, quæ rationem habent, sed sæpe latentem) videri posset esse hanc, quam intendit Autor & explicat in not. h. Bachov. sc. quod in actione quod metus causa resp. exeru Prætor ad actionem pœnalem, quæ datur contra raptorem, qua similis est ei, quis vim facit compulsivam. At ratio rationis, quam nec removere videtur. Idem Bachov. (quod sc. affinitas facti cum metu hic in eo sit, quod per metum nolenti, decepto vero per dolum volenti & non invito res auferatur, atque ita quod metu gestum suo sensu sit involuntarium,)* exinde inepta est, quod deceptus per dolum) dantem causam contractui, in b. f. negotiis,) propter ignorantiam suam, adeò absolutè quidem non consentiat, (ejusque actio sit invita per ignorantiam) metus verò faciat actionem involuntariam saltim per accidens, & ea verè voluntaria fit quo ad eligendi actum, ut ipse Bachov. latè & eleganter disputat *loc. supra cit. & num. 1. h. t. ad verb. unde apparet.* VI. Investigat etiam Bachov. *h.* rationem *cur actio doli, non æquè sit rescissoria ac actio quod metus causa?* ait se quid Wesenb. velit, non capere fatus, cum in actione doli, utpote arbitraria, judex non minùs jubeat rem restituere, *l. 18 pr. & §. 1. h. t.* Verùm mentem Autoris puto hanc esse, *cur, cum metus causa detur duplex judicium, rescindens & rescissorium (ut ipse statuerat sup. tit. de in integ. restit. n. 5. vers. nam rescissoria & tit. praced. n. 5.) ac utriusque nomine comparata sit actio, hic saltem unum sit judicium & una actio. doli.* Hujus ex Edictis causam dicit esse 1. quod Prætor non velit ratum habere, quod metu gestum, *l. 1. quod met. caus.* de dolo verò non eodem modo edicit, sed quod velit judicium dare, *l. 1. §. 1. h.* 2. quod dolus quadantenus sit permissus, indeque levius coerceatur, quàm metus. *Sed prior ratio, videtur petere principium: altera vero per [illegible] falsa est, cum iste dolus quo de loquitur l. 16. §. . de minor huc non pertineat. Neque verum, quod levius coerceatur dolus malus, quàm vis & metus; cum illum infamia sequatur, hunc verò non item, l. 1. §. 3. h. t.* Dici posset, rationem hanc esse, quod cùm metu gesta, jure posit. valida sint ferè semper, rescissione Prætoris indigeant. Ideoque quod gestum, prius sit rescindendum, & deinde danda actio restitutoria. Dolo autem facta vel *ipso etiam jure* civili *nulla sunt* (ut quando dolus dedit causam contract. bon. fid.) vel plerisq; tamen casibus *eodem jure civili* possunt rescindi (ut si dolus incidit in contractum b. f. vel stricti juris in merito regulariter cesset auxilium Prætoris. Neque officit quod *in l. 18. pr & §. 1. h. t.* in actione doli judex jubeat rem restitui. Nam exinde nihil [illegible], sed saltem judicio doli causa in integrum statum reponitur, ita, ut si res extet, restituatur: sin minus, reus statim condemnetur in id quod interest, *d. l. 18.*

Hujus judicium.

Actio in personam.

Persecutoria ex delicto.

Arbitraria ex arbitrio

Quare hic non fiat condemnatio in quadruplum.

Cur hic non æquè actio rescissoria.

Examinantur rationes Wes.

Dantur alia.

N. IIX.

Actio haec durat bienn.

N. IIX. *Hodie continuo biennio) Annus enim utilis hodie in biennium continuum mutatus est.* Et hoc quidem expressè dicitur de actione doli *in l. fin. C. h. t.* ita, ut intra hoc tempus ea movenda sit, sive absuerit sive præsto sit, qui dolum se passum conqueritur. Sed valdè contrariari videtur *l. fin. C. de temp. in integ. restit.* quâ dicit Gotofred. *in d. l. f.* corrigi *l. ult. C. h. t. Verùm Impp. hic voluere differentiam facere inter actionem de dolo & reliquas species restitutionum; Et d. l. fin. C. de temp. in integ. restit. loquitur saltem de minorum & majorum restitutione petenda, ideoque restringenda est, non extendenda.* Quod adeo verum rectè dicit A. ut nec litis contest. perpetuetur, *Quia lapsu biennii statim perit, nec debet finiri post biennium, d. l. ult. C. h. t. etiam famosa & odiosa est, & contra jus civile, l. 35. de O. & A.* Atque hinc perpendens verba *d. l. ult.* Besold. *in delib. h. t. q. ult.* non audet assentire Cujacio 18. *obs.* 29. contrarium statuenti, sed hanc quæstionem indecisam relinquit. Diversus quoque est Bach. *ad Tr. h. th. 7. F.* cujus nulla *ad d. l. f.* interpretatio. Cæterum remedia contra dolum, quib. de A. sub fin. hic agit, explicatius sic habent. 1. est Beneficium nullitatis, *quo petitur contractus b. f. dolo dante causam pro nullo declarari, arg. l. 7. h. t.* 2. Exceptio doli *1. 1. de dol. mal. & met. except.* 3. actio doli, *directa, famosa. d. l. fin. C. h. t. Quo refert Bachov. in comment. c. 5. n. 3. actionem doli, quatenus sub qualitate simplicis persecutoriæ & perpetuæ, de eo quod pervenit contra quasdam personas datur, l. 15. h. t. de qua diximus supra n. 7. sub init.* 4. Actio utilis in factum *seu* subsidiaria, *quæ datur in id, quantum quis factus locupletior, l. 29. in fin. h. t. ratione circumstantiarum, quarum magna ratio habenda, 1. quando tempus legitimum præterüt: 2. si ratione personæ, cui reverentia debetur, directa dari non potest, l. 11. §. 1. h. t. 3. si modica summa sit, arg. l. 9. §. f. l. 10. & de l. 11. eod. ut & in casu l. 33. h. t. Et hæc utilis neque famosa est nec tempore constricta, sed perpetuò competit.* Denique quod hæc actio hæredi detur, *ratio adæquata non est quia rei persecutoria;* ut contendit A. *n.* 9. sed quia actiones regulariter etiam hæredibus competunt, & quædam, quæ non est rei persecutoria, iisdem competit, §. 1. *I. de perpet. & temp. act.* Addatur nunc de tota materia optimè scribens Dn. Mantzius *ad h. t.* & Dn. Richter. *p. 2. cons.* 36. *num.* 8. *conf.* 8.

Nec litis contest. perpetuatur.

Remedia contra dolum.

Cur detur hæredi.

TITULUS IV. *C. 2. 22. usque 45.*

De Minoribus viginti quinque annis.

1. Edictum.

2. Ejus ratio.

DE iis qui inconsulta quadam juvenilis ætatis levitate damnum fecerunt, in integrum restituendis, ita Prætor edicit: QUOD CUM MINORE QUAM XXV. ANNIS NATU, GESTUM ESSE DICETUR, UTI QUÆQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM, *l. 1. h. t.*

3. Quibus minorib. ad quod usque tempus hoc beneficium detur.

Hoc Edictum Prætor naturalem æquitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. Nam cum inter omnes constet, fragile esse & infirmum hujusmodi ætatis consilium, & multis captionibus suppositum, multorumque expositum insidiis, ac (ut ait Cicero *pro M. Cælio.*) tempus illud ætatis sua sponte infirmum, aliorum libidine etiam esse infestum; Prætor eis auxilium hoc edicto est pollicitus, & adversus captiones opem: quam omni minoris ætatis tempore petere possent, *l. 2. & 3. C. de tem. in integr. rest.*

Apparet enim minoribus 25 annis id auxilii polliceri, non majoribus: nam post hoc tempus completi virilem vigorem constat: & ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur: nec ante rei suæ administratio eis committi temere debet, quamvis rem suam bene gerentibus, *d. l. 1. in fin. C. de leg. tut. in princ. Instit. de cur. ubi dixi.* Ergo si cum minore contractum sit, & contractus incidens, in tempus quo major efficitur, restitutio cessat: nisi totum hoc dolo adversarii structum, & eo protractum probetur, ut majore illo facto, quod gestum esset, subsisteret, *l. 3. §. si quis h. t.* Cæterum de eo quod in minore ætate gestum est, major jam factus restitutionem petere non prohibetur (nisi ratam alienationem habuerit, *l. 2. C. si maj. fact.*) olim quidem intra annum utilem hodie intra quadriennium, *l. fina. C. de temp. in integr. rest.* ab ingressu justæ ætatis computandum. Minorem autem natu accipimus, qui nondum 25. annum perfectè & omnimodo adimplevit; nam à momento in momentum tempus spectamus: adeo ut si postremo die aut ultima hora, quæ ad complementum 25 anni deest, captus sit, restitutioni locus relinquatur, *l. 3. §. minorem 3. hoc t.* Jure porro Sax. minorum ætas. 21. ætatis anno terminatur: & exinde tempora quadriennii currere incipiunt, *Fach. diff. 9. per text. Land-R. lib. 1. art. 42. & Lehen art. 26. Reinh. de tute. diff. 5.* Nihil autem refert, minores sint patres an filiifamilias an fœminæ, dummodo ipsorum intersit restitui, *l. 3. §. sed utrum. §. si quid. 7. hoc tit.* Servi tamen minores non restituuntur: quoniam domini tantum, cui acquiritur, persona spectanda est, *l non minus, 31. de hered. instit. l. debitor. 82. §. 1. de leg. 2.* qui sibi imputare debebit, quod minori rem commiserit, *l. 3. §. fin. l. 4.* Eadem ratione minoribus alieno nomine, ut procuratorio, institorio, &c. negotiantibus, non succurretur: cum eo modo potius majori consuleretur cujus damno res sit cessura, *l. cum mandato. 23.*

4. Quid ex persona minoris restituatur, aut non.

Ex ipsius autem minoris persona restitutionem petunt, procurator ejus cui nominatim id mandatum est, aut qui rem ratam dominum habiturum satisdedit: *l. illud 25. §. 1 cum l. seq.* item pater, quia ejus periculum agitur, cum de peculio teneatur: *l. patri. 27.* & hæres, quando non respectu solius personæ hoc beneficium detur, sed propter damnum & læsionem, quæ in hæreditate maneat, & a minore in hæredem transferatur, *l. 1. § penult. l. minor. 18. §. fin. cum l. seq.* Fidejussori non succurritur, quod injurium sit hunc in necem creditoris subvenisi, qui in securitatem obligationis eum accepit: sed ipsi potius qui ultrò spopondit, deneganda erit mandati actio, *l. in causa 13. h. t. in princ. l. 1. & 2. C. de fid. min.*

5. Ex quo gesto minor restituatur.

Ait prætor, GESTUM ESSE DICETUR. Gestum sic accipitur, qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud, unde damnum minor fecit, *l. ait prætor.* Sane in delictis nulla deprecatio aut restitutio est: *l. auxilium 37. l. §. h. t. & C. si adv. delic.* indigni enim sunt legis beneficio, qui in legem committunt, *d. l. auxilium,* quanquam pœna miseratione ætatis in his mitigari solet, *l. fere 108. de reg. jur. d. l. 37.* Qua ratione & illud rectè placuit, si post repudiatam hæreditatem, negotiis ab alio successore confectis atque finitis, ad paratam laboribus substitutionem pecuniam velit minor admitti, *l. quod si. 24. §. Scævola 2. hoc tit.* aut si ipse se majorem simulando fallaciam aliis struxerit, *l. 2. C. si min. se majo. dix.* nequaquam audiendum.

6. Non sine causæ cognitione restitutionem fieri, & quid in causa cognitione veniat.

Illa verba, UTI QUÆQUE RES ERIT, causæ cognitionem significant. Nec enim semper ea quæ cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum & æquum redigenda, ne magno incommodo afficiantur hujus ætatis homines, & nemine cum his propter metum restitutionis contrahere volente, quodammodo commercium eis interdicatur, *d. l. quod si. 24. §. 1.* Itaque ea tantum, in quibus manifesta est circumscriptio, irrita fient, utpote si circumventi, suaque decepti facilitate, aut quod habuere amiserint: aut emolumentum quod ex ratio manibus, siverint elabi, *d. l. 7. circ. fin. h. t.* aut se inutilibus negotiis, damnosisve litibus implicuerint, *l. minorib. 6. l. si minor. 34. §. l. non omn. 44. hoc tit.* nam hæc omnia verbo Circumscriptionis comprehenduntur: *d. l. non omnia,* adeo ut etiam affectionis habeatur ratio: *l. si in emptionem. 3.*

7. Quid in hoc judicio sit probandum.

Non aliter tamen in his subvenitur minoribus, quam si causa cognita, & rem alicujus esse momenti. *l. scendum, sup. de rest. in integ. Fer. in for. h. super pet. rest. in verb. & minor. &* si ea se ætatis lubrico captos probarint, *l. verum 11. §.* [illegible] *1.* Neque enim qui sobrie sua administrans, occasione damni non inconsulto accidentis, sed fato velit restitui, erit audiendus: cum non mali eventus, sed inconsulta facilitas pariat restitutionem: *d. §. secundum.* Sufficere tamen arbitror, & minorem

ætatem

ætatem ostendi, & læsionem: *d. l. sciendum, in verbo, capere esse probentur. l. nam postea 3 § si minor de jurejur. Ferr præall. loco. l. 5. C. qui & adver quos. Schurff. inte consil 28. centur. 1.* quæ non in casu & eventu, qui prudentissimos fallit, sed ipso hæ-ret contractus principio, *d. l. verum 3. § si locuples 4. h. t. l. fin. C. eod.* In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte aliqua actio contractum annullans possit competere, citra in integrum restitutionem: Nam sic communi jure tutus est, puta si conventio ipso jure nulla sit, ut conventus ab alio nequeat, nec quicquam præstiterit, ut conveniat alterum necesse non habeat, non debet ei extraordinarium auxilium tribui: *l. in causa 16. h. t. vide l. ult. & tot. tit. C. si tut. vel cur. ubi desin actiones alia cum hac concurrant.* quod secus fuerit, si alia ei actio competat: *tot. tit. C si tut. vel cur.* potest enim utilius esse minoribus restitui, quam sumptuosis actionibus atque litibus distingui: *l. 16 l. ult. inf. ex quib caus. major.* Deinde utrum soli ei succurrendum sit, an etiam iis qui pro eo sunt obligati, an vero potius creditoribus: *d. l. in causa 13. h. t.* Denique quis contra quem: nam neque adversus parem, hoc est, ætate minorem, *l. verum 11 § pen.* item libertatem, *l. si ex causa 9. circa fin.* nec semper contra bonæ fidei possessorem restitutio dari solet, *l. plane 14.*) ex qua gestione, propter quam causam, & quatenus *d. l. 9. l. cum mandatum 23.* restituendus sit, diligenter ex circumstantiis rerum est perpendendum: *d. l. in causa, 13. § 1.* quæ quidem causæ cognitio præsentib. adversariis, quos contra restitutio impetratur, aut saltem legitime evocatis, & per contumaciam absentibus, est facienda, *d. l. 13 § causa 2.* Addit prætor, ANIMADVERTAM. videlicet ut causa cognita prout æquum videbitur, aut largiar beneficium restitutionis, aut denegem.

Cum autem nullum judicium aut actionem, sed tantummodo se animadversurum pollicetur: intelligi liget, nullam propriam actionem vel cautionem ex hoc edicto proficisci: *Ias post alios in l. ac divinum. ... num 4. C de coll.* sed totum id pendere ex cognitione Prætoris: *l. quod si 24 § fin hoc tit.* ejusve magistratus, qui prætoria potestate fungitur, ut Præfecti urbi Prætorio, *d. l. in causa 16. § fin. cum l. seq.* aut minoris etiam magistratus *l. minor. 18.* item in provincia Præsidis, *l. præses, 42.*

Restitutione autem in integrum decreta, unusquisque jus suum integrum recipit, sumptusque in rem facti restituuntur: *d. l. quod si 24. § pen. d. l. patri 27 circa fin.* una cum fructibus, usuris, omnique causa jam minori, *l. quod si minor. 24 § pen. l. patri 27 § 1 h. t.* quam et qui cum hoc contraxit, *l. minor. 40. § fin. h.* reddenda. Nec enim ita subveniendum est minoribus, ut ex alienis incommodis sua comparent commoda. Quare & ipsi qui cum eis contraxerunt, in eam conditionem, qua ante contractum fuerant, sunt reponendi: *l. verum 39. l. si* quod in omnibus in integrum restitutionibus exigente ita æquitate, observatur. *l. ergo 22 inf ex quib. caus. maj. & l. unic. C. de reputat. quæ fiunt.*

9. Effectus restitutionis, & vis, & quomodo fiat.

OBSERVATA.

Justitia h. edicti.

N. III. *Minoribus XXV. annis*) Ubi adolescens minor 25. ann. in captionem incidit, jure legitimo quidem hoc tenet, quia pubes est. Prætor tamen per anfractus & obliquè, habitâ causæ cognitione ipsi succurrit, & auxilium per in integrum restitutionem pollicetur. Sequitur in hoc naturalem æquitatem, consideratque fragile & infirmum esse hujus ætatis consilium, & multis captionibus suppositum, multorumque insidiis expositum, *l. 1. h. t.* Et verò agitur in n. 3. & 4. de iis, *quibus conceditur hæc restitutio.* Hi sunt vel ipsi *minores*, vel *alii ex ipsorum persona.*

Quomodo Rest. detur minoribus.

Minoribus datur, modò 1. sint *verè tales, patres*. vel *filiifamilias*, *mares* vel *fœminæ*, *l. 3. § 5. h.* 2. *verè decepti* sint, eorumque intersit *ob ætatem deceptos non fuisse, l. 1. C. de filiof. minor.* Contrà *non datur* I. *non minoribus, l. 4. § 4. h.* Cujusmodi vel *majores*, vel *pupilli & infantes*. *Majores* enim ab hoc Edicto arcentur, *l. 3. § 4. h. t.*

Quibus non.

Idque extenditur ad causam, si negotium, quod tractum temporis ex sui natura admittit, *cœptum quidem sit cum minore, sed inciderit.* h. e. perfectum, sive desierit *in id tempus quo major factus* est, *d. l. 3. § 1. h.* Excipitur nisi *dolo adversarii* hoc actum probetur, *d. § 1.* vel quid gestum cum majore, cujus *incommodum ad minorem pertineat*, ut si causa majoris contra tutores vel curatores sententia lata sit, *l. fin. C. si advers. rem judic.* quia inde judicati actio in minorem datur, *arg. l. 4. de re judic.* *Infantes* quoque & *pupilli* hoc Edicto regulariter non restituuntur, quia ipso jure tuti sunt, *l. 29. § fin h.* Aliquando & hocce auxilio gaudent, ut pupillus *l. pen. h. t.* & is, qui in utero est. *l. 45. pr. eod.* II. non datur hæc restitutio minoribus *verè non deceptis*, *l. 24. § 1. h. t.* ut 1. si *alieno nomine gerant*, & procuratores, institutores, &c. *l. 23. h.* (secus si sint negotiorum gestores, tunc enim restituuntur, quia domino sic imputari nequit, ut casu priori, & iniquum fuerit domino exinde damnum accidere: quo casu cum teneatur minor domino negotiorum gestorum actione, ut is sit extra periculum, tenetur ipsi cedere auxilium restitutionis, eumque facere procuratorem in rem suam, *l. 24. eod.*) 2. si *servi* gesserint, *l. 3. § fin. & l. 4. h. t.* excepto casu *l. 5. eod.* 3. si læsio contigerit *casu fortuito* aut ex facto antecessoris, *l. 11. § 4. l. 24. § 1. eod.* III. arcentur ab hac restitutione illi minores, *qui specialiter prohibentur restitui*, ut qui passi se venundari, *l. 9. § 4. h.* qui veniam ætatis impetrarunt, qui majores facti ratum habuerunt gestum in ætate minori, qui falsò se majores dixerunt, qui actui juramentum interposuerunt, *l. 1. & auth seq. C si adv. vend.* Quod verum de juramento propriè sic dicto. Unde obligatio facta bey Adelichen ehren und an Eydes statt/ restitutionem non impedit. Ita responderunt Dn. Antecessores Facult. anno 1602. d. 2. Jun. Das F. V. N. in integrum zu restituiren, und in den Stand zu setzen darin vor ergangenem vertrag die Sach gewesen: und demnach zu rechtmässiger gebührender theilung zu verstatten. In welchen allen die verpflichtung bey Adelichen Ehren und an Eydes statt/ gestalten Sachen nach/ ihm unschädlig ist. V. R. W.

Quomodo hæc rest. detur aliis ex persona minoris.

Porro restituuntur ex persona minoris qui *in n. 4.* recensentur 1. *Procurator speciale mandatum habens* (qui tamen non simpliciter cum cautione rati est admittendus, ut rectè adnotat Bachuv. *h.* & facit ad explicationem *l. 26. h. t.*) 2. *Pater*, ne de peculio conveniatur, *l. 27. eod.* 3. *Hæres*,

Quomodo hæredi.

In hoc tamen dist. nam is vel minor est vel *major*: & uterque restituitur, hic ex minoris persona, ille ex sua *all. l. 18. § fin. & l. 16 h. t.* Sed Q. hîc *de fidejussore minoris, an ei competat restitutio?* Quod Noster rectè negat. *h. nn. 4.*

An fidejussori. Neg.

Quamvis enim restitutio in integrum potius reale sit beneficium, quàm personale: & regulariter etiam fidejussori prosit, sicque exceptio doli & metus etiam fidejussoribus detur, l. 7. de dol. mal. & met. except. l. 13. § 1. de dolo mal. Attamen aliud est in restitutione minorum, quod ex natura sua sit remedium personale, l. 3. § 4 h. t. l. 1. C. de fidejuss. minor.

Vera ... ratio.

Hæcque verior ratio est quàm Autoris,

Alia Autoris rejicitur.

scil. quod in ejus minoris fit ei succurri, quem creditor in securitatem obligationis accepit, licet ejus fiat mentio *in l. 13. pr. h. t.* quia etiam in dolo metuque lapsis illa obtinet, ubi tamen fidejussori succurritur, *d. l. 7.* Neque contrariatur *l. ult. C. de fidejuss. minor.* quæ fidejussores minorum apertè restitui permittit. Nam dist. est inter restitutionem, quæ datur *ex causis minori propriis, & communibus*: Illa, quia fit beneficio solius ætatis, nulli datur nisi minori, ideoque & fidejussori rectè denegatur: Hæc vero & fidejussori competit, quod hic cesset ratio specialitatis, *d. l. ult.* Et secundum hanc distinctionem quoq; intelligimus *l. 5...*

de prov

de procur. Conf. D. Perez. *C. de fidejuss. minor. n. 1. & seq.* Cæterum *licet minor extremum anni XXV. diem attigerit, tamen usque ad momentum illud, quo natus est tot annos, pro minore habetur,* & propter lubricum ætatis potest restitui. *l. 3. §. 3. h. t.* Ita etiam in actionibus temporalibus, *l. 6. de obl. & act.* perceptione fructuum b. f. possessoris, *l. 25. §. 1. de acquir. rer. dom. l. 48. §. 1. verb. illud ad factum eod. tit.* in interponenda appellatione, supplicatione &c. *authent. Hodie C. de appellat. auth. qua supplicatio C. de precib. Imp. offerend.* obtinet. Contra in temporibus usucapionum, testamenti faciendi, & similibus, non requiritur ultimum momentum, sed dies cœptus pro completo habetur, *l. 6. l. 7. de usurp. & usucap. l. 5. qui testam. fac. poss.* Quæ verò hujus diversi juris sit ratio, non constat inter Dd. Sanè illorum sententia, qui disting. inter *causas favorabiles & odiosas; ita ut in illis dies cœptus pro completo habeatur. in his verò, ultimum requiratur momentum,* manifestò falsa est; *cum usucapio satis odiosa sit, & tamen momentum à momento in ea non computetur. Contra restitutio minorum, appellatio &c. satis favorabilia, illud omnino recipiunt.* Probabilior est distinctio quorundam inter diem *Naturalem & Civilem.* Ille est *temporis spatium, quo sol commoratur super nostro Horizonte.* Aliàs nobis dicitur *artificialis dies,* quod partes habeat beneficio horarum: Naturalis, *quod distinctis illis horis naturali luce fruamur.* Et de hoc die agitur *l. 2. §. 1. de verb. signif.* Hic est *spatium temporis, quo Æquator totus circa terram circumvolvitur & sol motu primi mobilis ad eundem meridianum redit.* De hoc die intelligenda est *l. 8. de fer.* Romani *hunce diem ante horarum inventionem* (*quarum usus demum post. CCC. fere annos ab V. C. ad eos pervenit*) *more militari à media nocte, à tanquam* prima militari vigilia, *incipiebant. Deinde erat* gallicinium, *post* diluculum *sive* aurora, *deinde* mane, meridies, occasus, vesper, concubium. *Hacque divisio, ut primò in acie & castris, sic postea in urbe, sed moribus obtinebat. Lege enim ipsa dies non dividebatur. sed tantùm per accidens, ratione lucis & noctis officiorumque gratiâ.* Cum ergo *lege individuus* esset, obtinuit apud Romanos, ut quicquid aliquâ hujus diei parte factum esset, illud diceretur quâlibet ejus diei parte factum, & sic tempus cœptum pro completo haberetur. Hincque etiam promanavit, diversa computandi ratio ad negotia civium Romanorum. *arg. l. 2. de divers. & temp. præscript. l. 1. §. 4. de acquir. poss. l. 3. § ult. de donat. inter. vir. & uxor.* Quæcunque enim sunt *juris Civilis,* in illis secundum morem Romanum dies cœptus pro completo habetur, ut usucapio, testamenti factio &c. *d. l. 6. & 7. de usucap. l. 5. qui testam. facere possunt.* Quæ verò *juris* sunt *naturalis* seu *prætorii,* vel facti, naturæ, aut alias *naturali ratione valent,* in iis obtinet computatio naturalis, ut in restit. in integr. appellatione, supplicatione &c. quæ species sunt defensionis. Confer optime hæc explicantem Gœddæ. *ad l. 2. §. 1. de verb. signif.* & novissimè D. Wegnerum: inprimis vide de his latè Dn. Reinck. *de jur. consang. q. 7. a. n. 31. & mult. seqq.*

Quomodo hic computetur tempus restitutionis.

In quibus civiliter.

Ratio de favore & odio rejicitur.

Alia de die naturali & civili.

Quis naturalis.

Quis civilis.

Quæ jur. civ. in iis tempus computetur civiliter.

In iis quæ jur. nat. naturaliter.

N. V. *Sive quid aliud*) Etiam contra *quascunque sententias,* sive interlocutorias sive definitivas; imò contra partem sententiæ *l. 29. §. 1. h. modo cognitio læsionis præcedat,* deque ea appareat. Illa cognitio vero *non semper plenaria* requiritur, ut putat ex Myns. 1. O. 49. citato D. Perez. *C. si adv. rem judic. nu. 4.* Loquitur enim ille de casu ubi *principaliter* petita restitutio. Ideoque cognitio fit vel *plenariè* vel *tantùm summariè.* Illo modo: si *principaliter* adversus sententiam imploretur restitutio, hoc verò si non principaliter & directò, *sed incidenter* minor contra sententiam petat restitui, Vid. Myns. 4. *obs. 21. Exceptio est, nisi sententia inciderit in tempus majoris. ætatis,* ubi cessat restitutio, *l. 1. C. si adv. rem. jud. l. 3. h. t.*

Minor ex omni gestu regulariter restituitur: etiam contra sententias.

Quoad *delicta* contra Autorem rectius dist. inter delictum *dolosum & culposum, arg. l. 9. §. 5. h. & l. 1. C. si advers. delict.* quamvis hoc non placeat Bachov. *ad Tr. th. 12. C.* Contra illud non restituitur minor, *d. l. 9. §. 2. l. 37. h. t. junct. arg. l. 48. §. 1. de rit. nupt.* Indeque à pœna ordinaria non excusatur, licet judex ex justa causa sententiam possit mitigare, *d. l. 37. l. 1. C. si advers. delict.* Nec officit *l. 1. §. impubes. ad Senat. Silanian. l. aut facta. §. personam ibi: ætatis ratio. de pœn.* Respondeo enim, illas leges restringendas esse ad ætatem impuberis, & pubertati proximi, *arg. l. 23. de furt. l. 7. C. de pœn.* P. H. O. *art. 164. c. pueris c. referente. de delict. puer.* Contra *culposum* verò *delictum* minori datur restitutio, *l. 2. C. si advers. delict. l. 9. §. pen. h. l. 1. C. in quib. causis in integr. rest.* quo & contumacia (nisi ex aperto dolo procedat) refertur, *arg. d. l. 9. §. 2. h. t.* propterea, quod delictum præcipuè ex dolo & proæresi æstimetur, *arg. d. l. 1. C. eod. tit.* & naturaliter sit illicitum. Exceptio itaque est & in illis quæ *jur. civ. pro delictis* habentur, præsertim si *in omittendo* consistant, & cum *juris aliqua ignoratione,* quæ in minoribus excusat, *l. 11. C. de jur. & fact. ignor.* conjuncta sunt: Ut si mater liberis tutorem non petierit, *l. f. C. si adv. del.* sive vectigal non solverit, *l. 9. §. 2. h.* si non vindicatâ morte defuncti hæreditatem adierit. *l. 2. C. in quib. caus. rest. in integ. Vid. Sfort. Odd. de integ. rest. p. 1. q. 80. art. 2.* Dn. Frantzk. *comm. h. n. 19.* Contra *confessionem quoque delicti, cum tamen minor non convictus,* verius est dari restitutionem, propter text. *l. 6. §. pen. de confess.* Jung. D. Perez. *C. si adv. del. n. 3.* Clar. *recept. sent. §. fin. q. 60. n. 4.* Cæterum quod asseritur *h. n.* de minore se simulante majorem indistinctè verum non est. Nam 1. vel minor ipse, dolo se majorem simulat, & juste ipsi denegatur restitutio, *all. l. 2. C. si min. se major.* Vel 2. adversarius minorem, ut se talem affirmaret, dolo induxit, & conceditur restitutio, ne dolus iste prosit adversario, Vid. Gail. 2. *O. 65.* Vel 3. uterque citra dolum se majorem existimat, & adhuc locus est restitutioni: nisi minor juramento se majorem affirmaverit, de quo accipienda *l. 3. C. d. t.* Vel minor utriusque dolo se majorem affirmavit: quo casu non minùs restituitur, propter dolum adversarii. Vid. Bachov. *th. 13. l. F.* Mynsing. 4. *obs. 20. n. 2.* Gail. 2. *obs. 65. n. 1. 2. 3. & seqq.*

An & quomodo contra delicta.

An & quomodo ubi simulavit se majorem.

N. VI. *Causæ cognitionem significant*) Non semper minoribus subvenitur, sed demum causa cognita, *l. 1. §. 1. l. 11. §. 3. h. t.* In hac autem V. potissimum versamur Primò, *Ætas minoris,* quæ probatur testibus vel instrumentis, *l. 2. C. de his qui ven. ætat.* scriptura nativitatis, *l. 2. §. 1. de excus. tut.* item per assertiones obstetricum, & libros parochiales, de quibus latissimè Fr. de Chaldas *ad l. 3. v. minoribus. n. 10. & seqq. C. de in integ. rest. min. 25. an.* Parentum enim & cognatorum libri aut testimonia, semiplenam tantum probationem faciunt. Jung. Bach. *ad Tr. h. th. 8. E. F.* Secundò *Læsio;* quæ itidem probanda est, *d. l. 11. §. 1. h. t. l. 5. C. eod.* Hinc si nulla subest læsio, ut quando quod à minore gestum est ipso jure nullum, *l. 16. h. t. t. s. si tut. vel curat.* vel ubi omissum à minore id, cujus ratione aliàs ipso jure indemnis est, *l. 1. C. in quib. caus. in integ. restit. junct. l. 5. C. de his, qui ut indign.* etiam restitutio in integrum cessat, *l. 24. §. 1. h.* Læditur autem minor tribus præcipuè modis, 1. si sui facultate deceptus, quod habuit amisit. 2. quod acquirere potuit, emolumentum omisit, 3. se oneri, quod non suscipere licuit, obligavit, *l. 44. l. 7. §. hodie. h. t.* *Amittendo* quod, prius habuit læditur, si res ipsius alienentur.

Restitutio fit ex causæ cognitione I. de Ætate minoris.

II. de Læsione.

Quæ sit triplicem.

Hoc

Hoc autem fit 1. si contra eum, cum in judicio defenderetur (aliàs enim sententia ipso jure nulla est, nec restitutionis auxilium requiritur, *l. pen. C. h. t. l. 16. ff. eod.*) judicatum sit, tunc enim restituitur adversus rem judicatam, *l. 1. C. si advers. rem judic.* Add. Sfort. Odd. *de in integ. restit. p. 2. q. 72. art. 4.* Mynsing. 3. O. 84. 2. si ipse donet, *t. t. si advers. donat.* 3. si in dotem det, aut donationem propter nuptias; scil. si talia justum modum excesserint *l. 1. C. si adv. don.* quod fit, si aut ultra vires patrimonii, h.e. ultra quam in bonis habet, deducto ære alieno, aut totum patrimonium in dotem dederit, vel res in dotem datas minoris æstimaverit, vel pacto deteriorem dotis conditionem fecerit, *l. 9. §. 1. l. 48. § f. h. t.* secus est, si curator sciens, ultra quàm facultates mulieris ferunt, in dotem promiserit, *l. 61. de jur. dot. junct. l. 44. eod. l. un. C. si advers. dot.* Jung. Cujac. 16. O. 14. 4. si vendat: ubi restitutio fit contra venditionem, *t. t. si advers. vend.* etsi interveniente Prætoris decreto celebrata sit, *l. 11. C. de præd. minor.* Sed ita tamen, ut emptor quidem jubeatur prædia cum fructibus restituere, minor autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex pecunia accepta locupletior factus est, *l. 27. §. 1. vers. item ex diverso h. t. l. 24. §. 4. eod. l. un. C. de repet. quæ fiunt in judic. in integ. restit.* vid. Maurit. *de rest.* 6. 215. Odd. *p. 1. q. 47. art. 4. & 5.* Bachov. *ad Tr. h. th. 9. A in addit.* 5. si transigat, *t. t. C. si advers. transact.* Quomodo pronunciarunt Domini Antecess. Facult. Joannis Bitterfeld anno 1602. d. 2. Jun. verbis: daß gemelter F. B. N. so zur zeit deß Vertrags kaum 16. Jahr alt gewesen/und noch iso seines Alters im 27. Jahre ist/gegen solchen Vertrag/ dadurch er höchlich lædiret, in integrum zu restituiren, und in den Stand zu setzen darin vorergangenen Vertrag diese Sach gewesen/und demnach zu gebührender rechtmässigen theilung zuverstatten. Ubi requiritur, ut, si super immobilibus transigatur, id interposito magistratus decreto fiat; alioqui enim nullius erit momenti, nec opus restitutione, *l. 22. C. de administr. tut.* Quoties enim lex prohibet alienationem sine decreto, ne prætextu quidem litis aut transactionis, transferri sine decreto dominium potest, *l. 8. §. si cum de transact.* 6. si dividat, *t. t. C. si advers. divis.* vid. *l. 17. C. de præd. min.* 7. si pecunia mutuò accepta in rem ejus versa non fuerit, *t. t. C. si advers. cred.* Nisi creditor saltem argumentis probabilibus ostendere possit, mutuum in rem minoris versum esse, & eum ex pecunia mutuò accepta locupletiorem factum, *l. 1. & l. 2. d. t. l. fin. de exercit. Act. l. 5. C. ad Maced. l. 32. §. 4. de admin. tut.* ne contra principia Ethica minor cum alterius damno evadat. Vid. Pinell. *ad l. 2. p. 3. n. 30. & seq. C. de resc. vend.* 8. si minor, quod ipsi ex causa debiti, non exspectata judiciali sententia, solutú est, perdat vel inutiliter consumat, *t. t. si advers. solut.* tum enim restituitur: Quia Justin. novissimo jure in ejusmodi solutione voluit adhibere autoritatē judicis, verbi causâ, si annui reditus, aut pensiones minori solvantur, vel etiam usuræ, *l. 25. l. 27. C. de administr. tut.* & tum demum sequi debere plenissimam securitatem, *d. l. 25. §. fin. Inst. quib. alien. licet.* ut nimirum optimè minori cautum existeret. 9. si indebitum solvat, *l. interdum. de condict. indeb. l. 2. C. si advers. solut.* Denique 10. si res suas passus sit usucapi, *t. t. C. si advers. usucap.* Porrò *omittendo*, quod acquirere potuit minor læditur, hæreditatem sibi delatam, vel legatum repudiando, *t. t. C. si ut omiss. hered. l. 7. §. 6. & seq. h. t.* Oneri, quod suscipere non licuit, se *obligat* minor, cum *contrahendo, quasi contrahendo & delinquendo* se astringit. Huic restituitur, si hæreditatem damnosam adierit, aut illi sese immiscuerit, *l. 1. C. si min. ab hæred. se abstin.* sive inventarium ab ipso factum fuerit, sive non, *arg. l. 6. h. t.* Tertium requisitum, quod hic in causæ cognitionem venit, est *Læsio facta lubrico ætatis.*

Omittendo.

Obligando.

III. de læsione per lubricum ætatis.

l. 12. §. 3. h. t. l. 44. eod. Hinc cessat restitutio 1. si res utiliter gesta, sed *eventus* aliquis *improvisus* utilitatem aut fructus rei gestæ auferat, *l. 1. C. qui & advers. quos l. 51. §. pen. de fidejuss.* 2. si *suo ipsius dolo* minor læsus sit, ut si alterius circumveniendi causâ, se majorem dixerit, *t. t. si minor. se major.* Conf. tamen not. *ad n. præced. in fin.* Quartò perpendi in causæ cognitione debet, *an subsit etiam impedimentum, ob quod restitutio denegatur.* Denegatur autem præcipuè 1. *Ob rem* contra quam petitur, ut contra libertatem, *t. t. C. si advers. lib.* contra servitutem, *l. 9. §. 4. h. t.* II. contra matrimonium; quia semel rite contractum, dissolvi non debet, nisi ob causas jure divino approbatas, *Matth. 5. 31. & 19. 9. 1. Corinth. 7. 15. & 39.* Vid. omnino *c. 1. 29. caus. q. 1. & c. 2.* Ob *personam ejus, contra quem postulatur*, scil. adversus minorem, parentes aut patronos patronasve 3. Propter *factum minoris*, quod triplex est. Quoddam enim rem gestam *præcedit*, ut impetratio veniæ ætatis, *l. 1. & t. t. C. de his qui ven. æt.* negotiatio minoris, de qua vid. Hect. Felic. *tr. de societ. c. 5.* Caldas *ad l. si curatorem. v. læsis n. 35. C. de rest. in int. minor.* Quoddam *sequitur* & sæpe multò post, ut si major factus, quod gessit ratum habuerit, *t. t. C. si major. fact. rat. hab.* Quoddam *intervenit* in re gerenda, aut in continenti adhibetur, ut interposito juramenti à minore facta, *l. 1. & auth. sacramenta puberum. C. si advers. vend.* vid. latè Donell. 21. *commen. 11. & seqq.* & Hillig. *ibid.* Denique Quintò in causæ cognitionem de restituendo minore venit, *utrum illi soli, an verò & alii, qui pro illis obligati sint, succurri debeat, l. 13. h. t.* quod caput ad fidejussores minoris pertinet, de quo *supr. n. 3.*

IV. an subsit impedimentum.

V. an & aliis restituendum.

N. VII. *Nec semper contra bonæ fidei possessorem*) Aliquando enim extra ordinem actio contra tertium possessorem, æquitatis intuitu conceditur, sed tribus saltem casibus, puta 1. si alter fortè non sit solvendo, 2. si sciens minorem læsum, rem acquisiverit, 3. si intersit minoris rem ipsam potius habere *l. 9. l. 13. §. 1.* Vid. Bachov. *in comment. ad h. t. c. 10. n. 3. circ. fin.* Quibus casibus & hic duplex judicium subest. Extra hos Prætor hoc edicto non dat actionem, ut in metu, nec rescindit, sed ex *officio nobili* statim restituit in integrum, & *restituendo rescindit, & rescindendo restituit.* Et verbum animadvertam *optimè explicatur ex l. 24. §. fin. h. t. ubi dicitur nullam propriam esse actionem ex hoc Edicto sed totum pendere ex prætoria cognitione. Prætor enim animadvertens, regulariter hic non utitur duplici judicio, rescindente & rescissorio, sed officio suo nobili totum expedit, d. l. 24. §. fin. Interdum autem, quando æquitatis ratio postulat, minori etiam contra tertium possessorem subvenit; tum vel iisdem cognitione prætoria occurrit (dum vocato tertio possessore causâ cognita jubet rem restitui) vel ubi res protinus vel recta contra tertium expediri non potest, & forte altioris est indaginis, etiam actionem in rem contra tertium possessorem, extraordinariè concedit l. 13. §. 1. h. t. quod fit tribus casibus supra recensitis, & extra ordinem; nam nulla, ut diximus, hinc propriè oritur actio, d. l. 13. §. 1. ibi. interdum autem restitutio & in rem datur ibi: rescissa alienatione dato in rem judicio, junct. d. l. 24. § ult. h. t.* Dissentiunt nonnulli *Dd.* & hic duplex judicium, contra aperta verba *d. l. 24. § fin.* statuentes. *Aliter* dissentit Bachov. *ad Tr. h. th. 8. & comm. c. de modo concedendi restitutionem p. 949.* putans & illo casu, quando extra ordinem hæc actio datur *sec. l. 13. §. 1. ibi. vel rescissa alienatione.* non duplex, sed unum tantum esse judicium.

Aliquando ex hoc edicto datur actio.

Aliàs lite omne expeditur nobili judic officio.

Explicatur l. 24. §. f. h. de unico judicio.

* * *

TITULUS V.

De Capite minutis.

1. *Ratio hujus restitutionis.*

Quod ad restitutionem, quæ propter status mutationem datur, attinet, sciendum est, cum quis per adoptionem aut emancipationem statum mutat, obligationes priores stricto jure perire: quoniam qui emancipabatur olim, aut per adoptionem in alienam transibat familiam, is solenni quadam imaginariaque venditione dabatur in servitutem, cui nulla obligatio civilis adhærescere potest, *l. 3. §. fi. h.t.* Sed & arrogatus una cum omnibus bonis & juribus in potestatem arrogatoris transit: ut vel hoc nomine inanis reddatur adversus adoptatum, qui nihil in bonis retinet, actio: *l. 6. sup. de dol. mal.* Cæterum quod iniquum erat, huoc ad modum ludificari, & agendi facultate privari eos, qui cum talibus bona fide contraxissent, Prætor intercessit, itaque cavit.

2. *Edictum.*

QUI QUÆVE, POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMVE SIT CAPITE DEMINUTI, DEMINUTÆVE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE, PERINDE QUASI ID FACTUM NON SIT JUDICIUM DABO, *l. 2. §. 1. hoc tit.*

3. *Edicti explicatio, & ad quos contractus pertineat.*

Recte inquit, POSTEAQUAM CONTRACTUM, &c. nam si quis post minutionem capitis cum his contrahit, imputare sibi debet, cur contraxerit, quantum ad verba hujus Edicti attinet, *d. l. 2. § hoc quoque 2.* ACTUM CONTRACTUMVE.) Hoc de civilibus contractibus atque actionibus accipimus: nec enim necesse fuit quippiam edicere de criminalibus: cum nemo delictorum pœnis per capitis diminutionem exuatur *d. l. 2. in fin.* sed ejusmodi obligationes semper cum capite ambulent *l. tutelas 7. vers. injuriarum, h. t.* Tutelas etiam hic obligationum nomine comprehendimus: quamquam non amittantur capitis minutione Minima *d. l. tutelas 7.* (de qua hoc Edictum loquitur) nisi illæ quæ ex lege XII. Tab. in jure alieno, h. c. potestate patria, *tot. tit. sup. de his qui sunt sui vel alien. jur.* constitutis personis (nam & filiifam. tutores esse possunt, ut suo loco dicemus) deferuntur: videlicet agnatis, *d. l. tutelas. vid. inf. de tut. vide Ulp. tit. 11. Grvv. lib. lect. 2. cap. 12.* Agnatio namque tollitur, mutata per capitis minutionem familia, non jus sanguinis, naturæ, vel civitatis. Quare quæ tutelæ ex testamento aut a Magistratu novisque legibus deferuntur, minime pereunt capitis minutione: quoniam ad jus civitatis pertinent, quod hac familiari ratione non perimitur: sicut nec illæ, quæ ex lege non agnato, sed naturæ proximo deferuntur: quandoquidem adoptio vel emancipatio, jus naturalis proximitatis auferre non potest. *d. l. tut. l. 1. ad Tert. cum simil.* Deferre autem (ut hoc addam) proprie lex tutelam dicitur, testator vero vel magistratus Dare.

4. *Quid sit capitis minutio.*

Ait prætor: CAPITE MINUTI.) Capitis minutio, est status permutatio *l. 1. hoc tit.* Caput enim hic pro statu accipimus: *l. 2. de mmerd. & releg. l. capitalium. 28. de pœ.* ut cum dicimus civem esse integri capitis, *Cic. in Piso.* Nullum caput habere servum, *l. 3. in fin. h. t. §. 1. servus. Instit. eod.* &c quod quidem caput, cum immutatur, diminui dicitur: quemadmodum res quæ mutantur, *l. 1. verb. diminutum. inf. tit. 1. l. deperditum. 21. de petit. hared. l. ult. de legib.* & in alienam potestatem transeunt, *l. divus. 5. de pet. hare.*

5. *Tria genera minutionis.*

Minutionis autem capitis tria sunt genera, Maxima, Media, Minima. Tria enim existunt, velut status capita: quorum quoad potimur, & in quibus donec quasi stamus, civilem Rom. civitatis statum retinere dicimur: videlicet Libertas, quæ manat a natura: Civitas, quæ ex jure civili: & Familia, ex jure gentilitio, *l. 3. de tuter & releg.* Ea Terent. uno versiculo complexus est: Principio dico esse liberam, civem Atticam, meam sororem. Igitur hæc omnia cum amittimus, libertatem, civitatem & familiam, Maximam esse capitis minutionem constat: *l. fin. h. t. §. 1. Inst. eod.* quod accidit his, qui atrocitate sententiæ servi pœnæ efficiuntur: quod hodie fieri non solet: *Novell. const. 22. de nuptiis, §. deportatio Authent. sed hodie C. de donat. int. vir. & uxor.* & libertis ingratitudinis nomine in servitutem revocatis: item his qui ad participandum precium venundari sese passi sunt, *§. 1. Inst. eod.* Cum vero amittitur retenta libertate civitas, Minor sive Media est capitis diminutio: *d. l. fin. h. t.* quam patiuntur aqua & igni interdicti, sive, quod in ejus pœnæ locum successit, *l. 3. inf. ad l. Iul. pecul. l. 2. § 1. de pœn.* deportati. *§ 2. Inst. eod. l. 1. C. de hared. instit.* Cum autem & libertas & civitas retinetur, familia tantum per adoptionem emancipationemve mutata, liquet Minimam esse capitis diminutionem: *§. minima Instit. eo. d. l. fin.* ad quam solam hoc Edictum pertinet.

6. *In minima duntaxat edicto locum esse.*

Nam sive amissione civitatis, sive libertatis contingat capitis diminutio, locus Edicto esse nequit: quia sic minuti penitus non possunt conveniri, *l. 1. h. t.* quando & actionum judiciorumque commercium inter solos duntaxat cives consistit: & nulla sit restitutionis æquitas adversus eum, qui aut duram omniumque rerum indigam servitutem servit: aut amissis bonis, civitate relicta, nudus exulat, ut deportatus, *d. l. 7. in fi.* Dabitur plene actio Utilis in eos ad quos bona ejus pervenerunt, sive fiscum, sive dominum. *d. l. 2. d. l. 7. § fin.* Tum igitur demum huic Edicto locus est, cum salva civitate, capitis minutio contingit: quo casu judicium se Prætor daturum pollicetur: cujus tamen hodie minor est usus: postquam sublatis mancipationum solennibus, ex hac causa minui capita desierunt, *vide quæ dixi Inst. de cap. diminut.*

7. *Effectus hujus restitutionis.*

PERINDE QUASI ID FACTUM NON SIT, Quod ita accipiendum est, non ut novam capitis diminutionem rescindere, & ad nihilum redigere velit: quemadmodum in superioribus restitutionum speciebus fieri videmus: sed ut actiones pristinas juris subtilitate extinctas restituat, *l. 2. in fin. verb. restituitur enim actio l. 7. in fin. in verb. nulli restitutionis, &c.* itaque qui capitis minutionem passus est, & ejus bona, eo inde teneantur, *d. l. 7. in fi. in verb. in bona, quæ habuit. minui.* atque si nulla omnino emancipatio, nulla adoptio, nulla denique minutio capitis intervenisset. Hoc judicium perpetuum est, & in hæredes & Hæredibus datur: *d. l. 2. § fin.* quia Rei persecutorium est, *ex regula. §. 1. Inst. de perp. act. l. in honorariis. 35. de act.*

OBSERVATA.

Status ut hic sumatur.

Pauca hic notanda sunt. N. I. repetendum quot modis vocabulum *status* in jure accipiatur, *supra ex t. de stat. hom.* Hic, ut & vox *capitis*, strictius denotat statum minimum seu minimam capitis minutionem, *l. 2. h. t.* N. II. quod *tutelæ* hic Autori dicuntur

Ut vox tutelæ.

venire *nomine obligationum*; recte displicet Bachov. *in not.* ubi & *l. 7. h.* satis obscuram explicat: & verba *exceptis his* recte rejicienda monet. Conf. Gloss. *in d. l. 7.* & Gotofr. *ibid.* Quod N. V. dicitur hodie ultimo supplicio damnatos haud fieri servos pœnæ, non solum obtinet in damnatis *supplicio metalli*, seu ita ut supervivant, quo *N. 22. c. 8.* & inde desumptam *auth. sed hodie C. de donat. inter vir. & uxor.* restringit Bachovius *h. in not.* Nam quoad ejusmodi supplicium hoc *primitus constitutum* fuit quidem, sed propter hanc

Damnati ult. supplicio quom. hodie non fiant servi pœnæ. Verum hoc in t. auth. contra Bachov.

causam impulsivam *& in aliis suppliciis idem juris* esse voluit Imp. *d. Nov. 22. c. 8. in fin.* cujus & *verba* causam constitutionis finalem, *favorem scil. libertatis* continentia, *generalia* sunt, *ibi: nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum. Neque enim mutamus nos formam liberam in servilem statum*, & in omnibus supplicio ultimo damnatis obtinent. N. VI. notabilis locus occurrit ex *l. 2. pr. circ. fin. junct. l. 7. § fin. h. t.* quod si debitores *civitatem* perdiderunt aut amiserunt *libertatem*, teneantur *utili actione* illi, ad quos eorum bona pervenerunt, sive fiscus sive dominus sit, *dd. text. junct. l. 2. C. ad L. Jul. de vi.* Causa est, quod debitores *naturaliter obligati* maneant, quodque tollatur debitum sic solum ex jure positivo, *l. 2. §. 2. pr. h.* Cæterum negat A. hodie *locum esse huic Edicto*, quod hodie *sub-*

Utilis actio propter max. vel med. cap. min.

latis

juris mancipationibus solemnibus ex hac causa minui capita desierint. Sed utrumque dubium est. Et prius improbat Bach. *in not.* quod sublatâ causâ, non statim tollatur effectus, ideoque edictum hoc & hodie putat utile existere. Verùm distinctius ista consideranda sunt. Capitis minuto minima jur. vet. non solùm *emancipatione* contingebat, sed & *adoptione* atque *arrogatione*, §.3. *Inst. de cap. demin. junct. l.3. pr. & §.1. h.t. §.4. l. quib. mod. ususf. fin.* Verùm non omnibus æquè modis pereunt etiam obligationes civiles. *Filiusfamilias* enim ubi adhuc talis, si quid gesserit, contraxerit, *non minus obligatur, quàm paterfamilias l.39. de O. & A. l.57. de judic.* Et idem in eo postea licet *adoptato* obtinet, cum & adoptatus filiusfam. fit. Neque etiam pereunt actiones, si filiusfam. *arrogetur, arg. l. 2. §.2. in fin. h.t.* facilius enim impeditur quid ab initio ne fiat, quàm jam factum dissolvatur, *arg. l.8. de his, qui sunt sui vel alien. jur.* Donell. 21. *comm.* 5. §. *cum de debitore.* Joann. Niell. *disp. feud.6. th.2. A.* Et licet verba *d.* §. 2. videantur intelligenda de arrogato, qui contraxit post cap. diminutionem: arrogati etiam bona omnia jur. vet. patri arrogatori acquirantur, §.3. *I. de adopt. l.19 eod.* Nihil tamen in his interveniebat servitutis *arg. l.3. §.1. h.* Et idem est in arrogato, antequam talis fieret, contrahente. *Adeoque cum capax oblig. civilis sit libera persona & filiusf. sequitur quamdiu talis est & manet, nec quicquam de servitute participat, mutatione licet aliâ contingente, non tolli radicatas & cœptas semel jur. civ. obligationes. Emancipato* verò debitore, demum extinguuntur obligationes civiles, propter *servilem conditionem* intervenientem, *l.3. §.1. h.t.* Hinc sequitur *nec Edictum hujus tit. in quavis minima capitis diminutione debitoris locum habere, sed saltem in iis, qui emancipantur.* licet de arrogatis quoque agatur *l.3. h.* Nam & mentio fit aliarum cap. minutionum *l.2. eod.* ob materiæ affinitatem. Et cum rectior sit sententia, emancipationem hodie pro capitis minutione non haberi, *arg. nov.118. c.4.* vid. Bach. *ad Tr. h. th.26. C. Hodie creditores contra debitores emancipatos nec indigent auxilio Prætoris pro restituenda actione*; quia per emancipationem hodie non potest perire, utpote negata nunc veteri causâ emancipationum, solennibus, omniq; insuper effectu, *d. N.118. c. 4.* Sed tuti sunt ipso jure & *nativâ illâ actione, quæ ex negotio, quod cum emancipatis gestum, aliàs extorta est. Idcoque ut edictum hoc jur. vet. quoad adoptatos & arrogatos locum non habet, ita eodem nec quoad debitores emancipatos opus est jure novissimo*: Secus ac statuit Wesenb. jur. vet. etiam ad adoptatos & arrogatos debitores hoc edictum pertinere contendens *not.* & Hillig. *ad d. c.5. lit. CC.* Denique N. VII. notandus Modus restituendi hic diversus ab edicto quod met. causa. Nam contra capitis minutionem passo non subvenit Prætor *rescindendo & restituendo*, sed saltem *restituendo*, pristinam scilicet actionem, jure positivo revera extinctam. Fit autem hoc *negativâ juris fictione*, dum fingit Prætor per capitis minutionem (quam non rescindit) actiones competentes extinctas non fuisse, *l.2. §.1. ubi: perinde quasi id factum non sit h.t.* quæ tamen revera extinctæ erant: & propterea actio hæc restitutoria *utilis & nova* est, non vetus & directa. Add. modò Dn. Mantz. *h.t.* ubi mirabilem, ut ipse ait, pro hujusmodi debitoribus cautelam suppeditat, *n.38. & seqq.*

Hodie nec in his locum habet.

Unum hic judicium restitutorium.

Actio utilis & nova.

TITULUS VI. C. 2. 54.

Ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituantur.

Nunc de restitutione in Integrum quæ propter absentiam datur, est videndum: cujus quidem Edicti nemo non justissimam causam esse contradicet. Quid enim æquius, quam absentiam cujusquam, quæ vel negotiis Reipubl. datur, vel quam expressit necessitas, aut vis major, nullius in fraudem atque injuriam redundare: sed ita quod ea re evenit restitui, ut nec obsit cuipiam, neque prosit *l. unde h... est. 19. Lege. 20. h.t.*

Verba Edicti talia sunt: SI CUJUS QUID DE BONIS, CUM IS METU AUT SINE DOLO MALO REIPUBLICÆ CAUSA ABESSET: INVE VINCULIS, SERVITUTE, HOSTIUMQUE POTESTATE ESSET: SIVE CUJUS ACTIONIS EORUM, CUI DIES EXISSE DICETUR. ITEM SI QUIS QUID USU SUUM FECISSET, AUT QUOD NON UTENDO AMISIT CONSECUTUS, ACTIONEVE QUA SOLUTUS OB ID, QUOD DIES EJUS EXIERIT, CUM ABSENS NON DEFENDERETUR, INVE VINCULIS ESSET, SECUMVE AGENDI POTESTATEM NON FACERET: AUT CUM EUM INVITUM IN JUS VOCARE NON LICERET, NEQUE DEFENDERETUR: CUMVE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET, SIVE CUI PER MAGISTRATUM SINE DOLO IPSIUS ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR: EARUM RERUM ACTIONEM INTRA ANNUM, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT: ITEM SI QUA ALIA MIHI JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, IN INTEGRUM RESTITUAM: QUOD EJUS PER LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA, DECRETA PRINCIPUM LICEBIT. *L.1. hoc titul.*

Hoc edicto Prætorem & consulere absentibus ne capiantur, & adversus eos ne capiant, minimè obscurum est *d. l. in princ. L. eam. 21. in princ. hoc tit.* SI CUJUS. videlicet Absentibus, ut subjicit: primo enim consulit Absentibus, post adversus eos Præsentibus.

DE BONIS FUERIT QUID DIMINUTUM.) hoc est, usucaptum, præscriptum, amissum. *l. deperditum. 18. de pet. hæred.* CUM IS METU.) puta mortis, cruciatus, aut alio justo timore correptus abesset, cujus rei disquisitio est penes judicem *d. l. 2. in fin. l. 3. h. tit.* AUT SINE DOLO MALO REIPUB. CAUSA ABESSET. Dolum malum eò pertinere accipimus, ut qui commodi capiendi, faciendæve alteri injuriæ gratia id data opera egerit, ut Reipubl. causa abesset, vel qui maturius profectus est: vel cum posset reverti, non rediit, ab illo privilegio arceatur. *l. 4 & 5 h. tit.* Nec enim Reip. causa eos abesse intelligimus, qui non coacti, sed commodi sui *l. Republica, 36. hoc tit.* aut privati negotii *l. nen vere 42. hoc titul.* gratia aut finito officio *l. hi qui. 37. l. si cui 38. §. 1.* absunt. Sed si quis sine dolo malo Reipubl. causa ab urbe profectus sit (ut proconsul, Legatus, *exemplum elegans in l. senatusconsulto. 16 de off. præsid. quæ accipienda est super jure dicundo in urbe. de rebus magistratuum absentium.* procurator Principis, Tribuni, milites. aut qui ad aliud Reipub. expediendum negotium amandantur, *l. 33. 34. 35. 36. 38.*) & interea, quod non defenderetur, damnum passus fuerit: cum ei officium publicum damno esse non debeat, *l. sed etsi. 7. quemadm. serv. amitt.* in ea causa est, ut in integrum restituatur. SIVE IN VINCULIS.) aut publicis, aut latronum, militum, &c. Quin etiam Vinculorum appellatio latius accipitur. Nam & inclusos lautumiis, unde lapides cæsi sunt: aut ab iis parietib. custodiave coercitos, sive alligatos, ut vel nullo modo, vel sine detrimento non possint in publico apparere Vinctorum numero haberi placet. *l. 9. h.t. vide gl. & Dd præsertim Imol. in l. is qui reus 5. de publ.* & supra vide quæ dixi ad tit. *Si quis caut.* SERVITUTEVE.) quam vel bona fide libenter, vel detentus liber homo ingratus servit *L. quoque 11. h.t.* Loquitur enim Prætor de liberis hominibus *l. iisdem 13 hoc tit.* Porro qui de statu litigat, hoc [illegible] contineri. [illegible] *autem 13 hoc tit.* HOSTIUMQUE POTESTATE ESSET.) hoc est, ab hostibus captus, vel ibi natus. *l. enim 4. l. ab hostib. 15* nam transfugis non sunt concedendum est beneficium tribus, quibus denegatum est postliminium, *d. l.* Qui [illegible] cum justa causa absunt, si quid

Quomodo prætor absentibus consulat, & ex qua absentia.

quid interea de bonis amittant, puta usucapione, aut quia alicujus actionis alicui eorum competentis dies expiret, vel interea dum absunt, aut certe modicum tempus quam redierunt, ita ut nulla imputari eis possit negligentia, *d. l. 15. § fin. & l. 16. hoc tit.* cum tam necessitate quam justa absentia, a culpa desidiæ (in cujus pœnam usucapionum, præscriptionumque jura sunt inventa, *l. ab ementione 28. in verb. qui patitur. de verb. signif. l. 2. C. de annal. excep.*) excusentur, merito rescissa usucapione, in integrum, hoc est, eum statum reponi debent, in quo ante absentiam constiterunt.

5. *An absentes procuratorem relinquere debeant.*

Neque vero imputari eis debet, quod per procuratorem non sibi curarint subveniri. *l. sed etsi 26. § fin. in verb. sive habet procuratorem, sive non* nam neque omnes procuratorem habere possunt, ut liberi homines status sui ignari, bona fide servitutem servientes: *d. l. 15.* nec commode sæpenumero fieri etiam potest, ut a captivo forte vel metu detentis, idoneus procurator deligatur: & ea sæpe est proficiscentium ratio, atque etiam festinatio, aut alia necessitas, ut administrationem negotiorum suorum alicui demandare non veniat in mentem. Addo amplius: etiam si procuratorem reliquerit, cujus negligentia res perierit, adjuvari eum debere, si malit restitui, quam interesse Mandati actione consequi *d. l. 16. § fin.* cur enim minus succurratur diligentibus, quam his qui rerum suarum curam cuipiam committere neglexerunt? *l. pupillus. 24. quæ in fraud. cred.* aut quamobrem melioris conditionis sint stulti, ut ait Servius, quam periti, *l. Servius 4. inf. quod vi. aut clam.*

6. *Quomodo prætor præsentibus contra absentes succurrat.*

Et hactenus quidem Prætor, absentibus succurrit, Ne capiantur: nunc videamus, quomodo contra provideat adversus eos, Ne capiant. Qua ex parte plus Prætor expressit, quam cum ipsis subvenit. Neque enim hic certas personas enumerat, quas adversum opituletur: sed adjecit clausulam, qua omnes absentes, Sive ex justa, Sive injusta causa, complexus est, *Litem 22. § 2. h. t.* Nec enim ad jus præsentis interest, per qualem absentiam adversarii, quem oportet defendi, Justam ad Injustam, facultate conveniendi caruerit. SI QUIS (Absens videlicet: USU FECISSET SUUM sive per se, sive per subjectas personas. *l. 3. § falsus 7. § in ammittenda. 4. l. peregre 44. de acquir. poss. l. item 21. § hac autem 2. h. t.* ACTIONEVE QUA SOLUTUS LIBERATUSVE SIT, OB ID QUOD DIES EJUS EXIERIT, CUM ABSENS NON DEFENDERETUR.

7. *Quis dicatur defendi, aut non.*

Merito hoc additum est: nam si Præsto sit procurator, qui defenderet, in integrum volens restitui non audietur: quia facultatem agendi habuit, *l. is qui 39. h. t.* Defendi autem non tantum is videtur, cujus se defensor ingerit: sed & qui requisitus ab actore, non est defensioni destitutus: plenaque defensio accipitur, si & judicium non detrectetur, & judicatum solvi satisdetur, *d. l. item 22. § fin. hoc tit.* Ergo sciendum est, non aliter hoc Edictum locum habere, quam si amici absentis interrogati fuerint, an defendant, aut si nemo sit qui interrogari possit. Ita enim absens defendi non videtur, si actor ultro interpellet, nec quisquam defensioni se offerat: quæ postquam fuerint testatione consignata, æquissimum erit non negligenti subveniri *l. ergo 22. h. t.* Ait prætor: SIVE IN VINCULIS ESSET, SECUMVE AGENDI POTESTATEM NON FACERET.) Hæc persona merito adjecta est. fieri enim potest, ut quis non absens, de quo superiora loquuntur, sed etiam Præsens in vinculis sit, vel in publica vel in privata vincula ductus, quem posse usucapere constat. *l. ait prætor. 23. h. t.* Eorum qui servitutem vel bona fide, vel apud hostes captivi serviunt, hic non meminit: quia nihil sibi per usum acquirere, nec etiam cœptam usucapionem implere possunt, *d. l. 23. § 1.* Plane ex re peculiari, qui sunt in horum potestate, usucapiunt, eoque casu subvenietur, *d. l. 23. § hic plane 3. h. t.* Deinde adjicit prætor: SECUMVE AGENDI POTESTATEM NON FACERET.) quod ad eos pertinet, qui conventi frustrantur, & quali bet tergiversatione efficiunt, ne cum ipsis agi possit. *l. sed & 24. h. t.* quod quidem simili modo ad eum quoque pertinere dicimus, qui non frustrandi gratia id faciat, sed quod multitudine negotiorum distringatur: *l. quod quidem 25. h. t.* nec enim jus alterius per id auferri debet. Itaque hunc ad modum aliquem impedita agendi facultate, si interea per usum acquisitio impleatur, vel quid ex supradictis contingat, ut quia actionis dies exspiret, restitutio conceditur, *d. l. 25. § fi. h. t.* Ait prætor: AUT CUM EUM INVITUM IN JUS VOCARI NON LICERET.) Hæc clausula ad eos pertinet, quos Majorum more sine fraude in jus vocare non licet, ut COSS. Prætorem, cæterosque Magistratus, qui imperium potestatemque habent: *l. 2. de in jus voca.* non autem ad eos, quos Prætor prohibet, sine suo permissu in jus vocari. nam is aditus potuit permittere ac constituere judicium *d. l. 26. § ait prætor hoc t.* Deinde adjicit NEQUE DEFENDERETUR.) quod ad omnes supra scriptos, etiam captivos pertinet: nam contra eum qui defenditur, non est locus restitutioni, *d. l. 26. § deinde 3 h. t.* Neque enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis: *l. non enim 16. hoc tit.* Ait prætor: SIVE CUI PER MAGISTRATUM, SINE DOLO MALO IPSIUS, ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR.) vel quia per dilationes judicis (nam solennes & ordinariæ, quæ provideri possunt, non excusant, *d. l. 26. § si feria. 5.*) effectum sit ut actio extimatur: hoc est, præscribatur, ne amplius agi possit: *d. l. 26. § ait prætor. 4. vers. actio exempta. h. t.* vel quia Magistratus copiam sui non fecit, neque jus dicere maturavit, *d. § ait prætor. 4. h. t.* & adjicitur. SINE DOLO MALO IPSIUS.) Delinquentibus enim Prætor non succurrit, ut si, dum vult apud sequentem Prætorem agere, tempore frustratus est: aut quia ob contumaciam vel aliam justam causam a judice non auditur *d. § ait prætor 4. in fin.*

8. *Quamdiu duret hoc beneficium*

HARUM RERUM ACTIONEM, inquit, INTRA ANNUM DABO.) videlicet Utilem: ut verba ipsa indicant. Huic enim temporis spacio omnes fere suas actiones Prætor includere consuevit. *l. 1. de divers. & temp. præscript.* Hodie tamen exemplo cæterarum, quæ ad restitutionem in integrum proditæ sunt, quadriennio hæc durat. *l. ult. C. de temp. in integ. rest.*

9. *De actione rescindente & rescissoria.*

Atque hujus quidem actionis vis & effectus est, ut usucapionem præscriptionemque rescindat, remque in integrum restitui petat, ut non injuria Rescindens à Dd. appelletur. Itaque rescissa per hanc usucapione, vetus actio, quæ ante completam præscriptionem competebat, restituitur, *d. l. sed etsi. § si feria*, sive ea in Rem, sive in Personam sit: in quam etiam id quod interest, & fructus veniunt: *l. ait prætor, 23. § 1. l. & sive 27. l. nec non. 28. § fin. hoc tit.* quæ quia rescissa usucapione datur, Rescissoria dicta est, *d. l. 28. § penul.* & anno tantum cum longissime durat: *d. l. 28. § si quis sæpius, 3. d. l. in h. notarius. vers. sed cum rescissa. de act.* potest enim fieri ut minus duret, cum illud tantum tempus agendi restituatur, quo per absentiam, aut aliam justam causam fuit impeditus actor, quo minus ageret. *d. l. 26. § si feria & § quoties. 6. hoc tit.* Verbi gratia. Rem tuam possedi uno die minus sita uno in usucapionibus tempore, deinde Reipubl. causa abesse cœpi: restitutio unius diei adversus me facienda est: *d. § quoties. 6.* nec enim aliquid restitutione adjici actori debet: sed in eam conditionem, ut dixi, res reponi, in qua ante absentiam vel aliud agendi impedimentum erat. Porro exemplo Rescissoriæ actionis etiam exceptio ei, qui Reipub. causa abfuit, competit si forte si res ab eo possessionem nacto vendicetur. *l. nec non. 28. § fin. hoc t.* Nam cui damus Actionem, multo magis Exceptionem competere certum est, *l. 1. ver. nam cui. de superfic.* Quin ita ejus possessionem tuetur Prætor, ut si eam amittat, non Temporalem, sed Perpetuam ad recuperandam habeat actionem, *l. si is cujus. 31. hoc tit.* Item inquit prætor: SI QUA ALIA JUSTA MIHI CAUSA VIDEBITUR, IN INTEGRUM RESTITUAM.)

10. *De generali clausula. Si qua mihi justa, &c.*

Hæc generalis clausula Edicto inserta, valde necessaria est. Multi enim casus absentiæ intervenire possunt, propter quos æquum sit deferri restitutionis auxilium, nec singulatim omnes enumerari potuerunt: *l. 1. sup. de rest. integr.* unde quoties æquitas suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum, *l. sed etsi 20. § fin. h. tit.* Quid enim, si alia probabilis absentiæ probetur causa, cujusmodi est studiorum? Quis enim eorum non misereatur, qui amore scientiæ exules facti, de divitibus pauperes, semetipsos exinaniunt! & quæ sequuntur. *Auth. habita. C. ne fil. pro pat.* Cæterum hanc clausulam argumento hujus Edicti aptam, Accurs. & Dd. generatim, haud scio an recte, de qualibet restitutionis æquitate accipiunt & interpretantur: ut si quis non negligentia, sed quadam Facti ignorantia, jus suum præscribi siverit, quod sibi competere ignoravit. Huic, ut opinantur, æquitas suadet, intra quadriennium à tempore scientiæ, per beneficium in integrum restitutionis succurri: non modo adversus usucapionem seu præscriptionem longi temporis, *gl. in l. si partem. § si per. fundum. & in l. si sic in verb. nisi servitus ubi Castren. quam sequ. anno gl. alt. in l. 2. ubi Cyn. Bar. Bal. Salic. C. de jur. emph. l. sicut. verb. militia. C. de præscr. 30. annor. vide Tiraqual. in retract. prox. § 35. glo.* sed etiam longissimi: *gloss. in l. sicut in verb. militia. C. de præscript. 30. anno. Panor. & Felin. in c. vigilanti. de præscript. Rom. cons. 283 primum: & consil. 149 conclusionem consil. 106. viso late Alex. cons. 7. videretur lib. 1. & cons. 16. perspectis. lib. 5. Schurff. consil. 33. quod in terminis num. 24. col. 3.* quod quidem minus mihi probatur, & omnia præscriptionum jura, quæ contra ignorantem currunt, *l. ul. C. de long. tempo. præscript.* prorsus everti, ut lex verbis non rebus imposita videri possit, *l. 2. C. com. de leg.* Etsi ex qualibet justa causa majores restituuntur, quid inter hos & minorem ætatem interest, cum ei huic quidem nisi justa ex causa dari restitutionem paulo ante demonstratum sit! Officio tamen judicis absque restitutione fateor illis, sed aliter, ad 30. scilicet annos, non intra quadriennium restitutionis tantum, de qua l. ult. C. de temp. rest. subveniri, *l. 3. ubi gl. pen. C. ex quib. caus. major.* Sed de his alias disserendi, fortasse dabitur aliquando, Deo favente, locus. Nunc, ut concludamus, totum illud restitutionis beneficium hoc epilogo determinat & moderatur Prætor QUOD EJUS PER LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, DECRETA PRINCIPUM LICEBIT.)

Quæ

II. Prætorem non restituere contra leges.

Quæ clausula non illud polliceatur, Restituturum eum, si leges permittant: omnes enim restitutiones, non permittente lege, fiunt contra juris civilis asperitatem: quam Prætor in casibus, de quibus lex principaliter non loquitur, mitigat, concessa restitutione propter probabilem causam. Nam si lex ipsa permitteret, quorsum opus esset extraordinario Prætoris beneficio? *l. in causa 16. sup de min.* Itaque hæc clausula sic accipienda est: Si leges expressim non prohibeant, *d. l. 29 § quod ejus, 3. h. t.* Prætor enim, qui custos est Juris civilis, id quod lex agere disserteque inhibet, concedere non debet. Quamobrem si quo casu lex nominatim restitutionem in integrum vetet fieri, ut aliquando vetare certum est, *l. 1. § fi. sup de min. l. si mater. 10. C. ne de stat def. gl. in d. §. quæ ejus puta in delictis, l. auxilium. 37. sup. de min. s. t. C si advers. deb. t. 1. 2. C. de fent. pass & rest.* non potest authoritatem suam prætor interponere, sed hoc potestati & indulgentiæ summi Principis, qui & ipse non nisi magna ex causa & raro contra leges quid concedere solet, est reservatum, *l. nisi 11 sup. de min. vide C. si contra jus vel util. public. l. penult. C. de proc. imper. aff.*

OBSERVATA.

Causa rest. majorum est justum impedimentum.

N. I. *Quæ propter absentiam*) Commodiùs causa ob quam *majores* restituuntur, in genere dicitur *justum impedimentum, sec. obs. tit. de in integ. restit. supr. n. t.* Iniquum enim foret impedito ceu afflicto, addere afflictionem, *arg. l. 25. C de nupt.* ipsive officium suum esse damnosum. Puta si justo impedimento prohibiti, agere non potuerimus, *& vel res nostra à bona fidei possessore usucapta sit, vel actionis temporalis dies exierit, l. 1. h. t.* Impedimentum autem hoc juxt. Donell. *d. loc.* quadruplex est I. quod *nascitur à nobis ipsis*, justa Absentia, *ex qua succurritur Absenti contra præsentem.* videlicet cum is, qui rem nostram usucapiebat, aut debitor, qui temporali nobis actione tenebatur, in urbe fuit; nos vero ex justa causa absentes, ut propter justam causam agere non potuerimus, atque ita interpellare, sive usucapionem sive præscriptionem, *l. 199. de V. S. l. 173 eod. l. præsens & l. seq de procurat.* II. Quod *ab adversario nostro nascitur*; Adversarii absentia, *ex qua succurritur præsenti contra absentem*, scil. cum nos in urbe sumus, ille autem qui rem nostram usucapit, aut debitor noster, abest nec defenditur, ut nobis cum eo agendi copia non fuerit, *l. 1. § 1. v. item h. t.* III. *a magistratu*, si vel ejus copia non fuit, vel is per gratiam aut sordes jus non dixit, vel per dilationes ejus effectum, ut actio eximeretur, *d. l. 1. § 1. l. 26. § 4.* IV. *ab ipsa natura*; in aquæductibus, *si fons, ubi aqua ducebatur, exaruerit per tempus, quo servitus amittitur, & deinde ad suas venas redierit.* Hic enim licet ipso jure servitus non recipiatur, *arg. l. 66. § duorum de leg. 2. l. 98. § arcam de solut.* placuit tamen dare restitutionem in integrum, ut jus, quod non negligentia aut culpa mea amisi, sed quia ducere non poteram, mihi restituatur, *l. 15 de S. R. P.* idque ex clausula illa ultima edicti: si qua mihi justa causa esse videbitur, *l. 1. § 1. in fin. h. t.* Adi de his pluribus agentem Sfort. Odd. *p. 1. de restit. q. 5 art. 7. & q. 29. art. 4.* Add. quod etiam impedimentum quod valde difficilem facit actum, etsi non planè impossibilem, sufficiat ad in int. restitutionem, Dn. Mev. *p. 2. dec. 211.* & juramento probetur *dec. 212.* Cæterum hujus tituli duo potiora sunt capita, quo absenti succurritur contra præsentem, & quo præsenti contra absentem.

Impedimentum hoc quadruplex 1. ex facto proprio. 2. ex facto adversarii. 3. à Magistratu. 4. ab ipsa natura. Causæ duæ potiores.

Absentia causa Reipubl.

N. IV. *Reipubl. causa abesset*) Ob absentiam, ut vocant, *necessariam & laudabilem.* ut 1. legati *l. 26. § fin. h. t.* 2. Proconsul, procurator Principis, Tribuni & alii, quorum mentio *l. 35. eod.* 3. qui pro patria vel pro Principe militant, *l. 1. 35. § fin. h. t. l. 12. C. eod. l. 3. C. de restit. milit.* 4. qui pro Republ. causa absentibus habentur, ut qui Romæ militant, *l. 7. h. t.* legati municipiorum *l. 8. eod.*

Duæ difficultates circa restit. absentium.

N. V. *Neque vero*) Restitutioni *absentis contra præsentem* duo objici possunt, quorum primum, cujus hic mentio, est, *quod absens teneatur relinquere procuratorem*, à quo defendatur *l. 39. h. t.* quæ cum *l. 26. § fin. eod.* committi solet; Responsiones varias habet Gloss. *in d. l. 39.* quarum ultimam approbat Wesenbec. *infr. n. 7.* ubi *l. 39.* restringit ad restitutionem præsentis contra absentem, quæ demum obtineat, si absens procuratorem non reliquerit. Quippe in restitutione absentis contra præsentem regulariter & præcisè non requiri videtur procuratoris constitutio, *text. express. d. l. 26. § fin.* ex causis ab Autore relatis, inprimis, quod absens *ob solum favorem absentiæ* restituatur, ideoque an habuerit procuratorem, an vero non, haud attenditur. Diss. D. Perez. *in C. h. n. 3.* Contrà præsenti contra absentem subvenitur *non in favorem absentiæ, sed in odium ejus*; si scil. absens nec procuratorem reliquit: si ergo talis adsint, nullus restitutionis color prætendi potest, quia procurator absentem repræsentat: at in restitutione ex priori Edicti capite, procurator relictus absentem licet repræsentet; tamen restitutio ob favorem ejus, qui abest, locum habet. Alterum, quod prædictis officere videtur, est regula *l. 1. § fin. C. de ann except.* quod contra non valentem agere non currat præscriptio. Sed respondetur, illam veram esse *de impedimento juris*, non facti, *d. l. 26. § fin. h. t.* Sic enim maritus, licet constante matrimonio, sit dotis dominus, tamen non potest eam usucapere, *d. l. 1. § fin.* Secus est in impedito impedimento facti extrinseco, *arg. d. l. 26. § fin h. t.*

Causa rest. præsent. contra absentes.

N. VI. *Adversus eos*) Altero capite restituit Prætor *præsentes contra absentes, in odium*, ut dictum, *absentis, qui non defenditur.* Imò & restituitur quandoque absens contra absentem eodem genere absentiæ, *l. fin. C. de long. temp præscript.* quia Prætor simpliciter edixit, se restituturum contra absentes quoscunque. Verùm, cum remedium ordinarium longe expeditius habeat præsens contra absentem, ex *l. 2. C. de annal. except.* hodie actio rescissoria ex hoc Edicto inutilis videtur. Potest enim præsens *sec. d. l. 2.* rectà vià Præsidem, Episcopum vel defensorem civitatis, porrecto libello adire, vel illis absentibus in loco domicilii absentis publicè & testatò libellum proponere & queri de absentia: quo modo rescinditur usucapio & præscriptio interrumpitur, Bach. *d. disp. 11. th. 17. A.*

Hodie non necessaria. Propter remed. ordinar. l. 2. C. de ann. exc.

N. VIII. *Quadriennio hæc durat*) Distinguendum est inter remedium *rescindens*, & remedium atque actionem *rescissoriam.* Illud, h. e. imploratio pro restituendo in integrum ad id competens, quadriennio durat, *l. fin. C. de temp. in integ. restit.* quæ apertè loquitur de restitutione majorum & non nisi de judicio in integrum restitutionis *interponendæ & finiendæ*, h. e. instantiæ in judicio rescindente. At actio rescissoria seu remedium rescissorium, anno saltem utili finitur, *l. 1. § 3. junct. l. 28. § 3. h. t. l. 18. in fin. C. de postlim. rev. § 5. I. de Act.* quia Prætoriæ rescissoriæ contra jus civile (ceu odiosæ) rei persecutionem habentes, anno saltem durant, *l. 35. de Obl. & Act. ibique Gothofr.* quod etiam quoad actionem rescissoriam ex hoc Edicto (cum nullibi sublatum legatur) verum est. Dd. comm. *vid. Schleiff. h. Fallit tamen* hoc, nisi rescissoria illa actio per litis contestationem perpetuetur, *arg. l. 3. C. de præscr. 30. vel 40 annor.* Dissentit Bachov. *d. disp. 11. th. pen.* quod in ff. & C. tantum actionis rescissoriæ & anni utilis fiat mentio, qui mutatus sit in quadriennium. Aliter diss. Donell. & Treutl. *d. th. pen.* actionem rescissoriam esse perpetuam æstimantes. Illud denique observat mere-

Remed. rescindens durat quadriennium. Remed. rescissorium annuum. Eve. 1. cau.

tur, quod jur. can. ratione singulari, etiam post lapsum quadriennii detur restitutio, *ex justa & rationabili causa* (v. c. ignorantiâ sententiæ, enormissima læsione) per *c.1 de Rest. in integ. in 6.* vid. Odd. *q.19. art.5. n.57. art.4. n.74.* Maurit. *c.43.* latiss. A. Barbos. *ibid.* Alia limitatio est quando Restitutio in integr. proponitur per modum exceptionis, *arg. l.46. §. item de proc. l. 3. rem rat. hab.* ubi nec tempore longissimo excluditur, *arg. l. 5. §. f. de dol. mal. exc.* Contrà proponens Restitutionem per modum actionis, solummodò quadriennium habet, *d. l. ult.* eodemque jure Ecclesia & universitas ad dictum tempus constringitur, *c.1. de rest. in integ.* Gl. *in c.1. X. & Clem.1. eod. tit.* A. Barbos. *de jur. Eccles. l.2. c.1. n.185. & seqq.* Verùm Restitutio in integr. contra sententias, in Dicasterio Wolferbytano instar supplicationis intra decendium interponenda est, Fürstl. Wolffenb. Hoffger. Ordn. *tit.66. §.* es mag auch. cui concors Fr. Kalenb. Ordn. *eod. t. & §. ult. in f.*

Exc. alia.

N. IX. *Rescindens add. appelletur*) Etenim & hic est duplex judicium, *sec. obs. ad n. 5. quod metus causa.* Et probatur quoad hanc speciem restitutionis, 1. quod *in judicio rescindente singularis* sit *imploratio* pro restituendo, *seu libelli oblatio* (quâ petitur rescindi illud, quod stricto jure valet, usucaptum scil. est vel præscriptum. *l.26. §.7. verb. ait enim in fin. h. t.* & pristina conceditur actio) *citatio, litis contestatio, probatio & sententia, per not. ad d. n. 5.* 2. quia rescissoria non datur *nisi restitutis*, prævia scil. rescissione & redintegratione, *l.5. C. h. t. l.35. ibi: rescissa usucapione. de O. & A. l.18. C. de postlim. rev. l. un. §. 1. ibi: in veterem debitorem. C. de reput. quæ fiunt. in judic. in integ. restit. l.1. §.1. ibi: earum rerum actionem h. t.* 3. quoniam *non rescissâ* prius, e.g. usucapione, *dominus est is, qui usucepit*, & alter non potest habere actionem realem, sed excluditur. add. Dn. Mantz. *h. tit. 1. n. 46. & seqq.* Dissentiunt Neoterici nonnulli, & cum his Bachuv. *comm. & not. ad Auth. h. & ad Tr. h. th.1. B.* maximè 1. *quod formula pristinæ actionis, rei scil. vindicationis, (quæ in §.3. de act. est; dico rem meam esse) non conveniat actioni rescissoriæ 2. rescissâ prius usucapione per judicium rescindens, non opus fore actione rescissoriâ 3. hic non alio modo duplex esse judicium, quàm quod reus apud Prætorem in jus vocetur & ibi formula concipiatur, sicut & in aliis actionibus obtineat.* Verum Respondetur ad primum, *formulam actionis veteris rescissoriæ rectè competere*; quia & *in §.5. I. de act.* habetur, quod illam intendens dicat rem suam esse. *Et si reus asserat eam à se usucaptam, tum ipsa quæstio usucaptionis in replicationem venit.* Secundò etsi usucapio pro rescissa habeatur, tamen ea *ipso jure & immediatè non rescinditur* neque dominium semel acquisitum, in eum, qui illud amisit transfertur, nisi is rem priori actione actu vindicet. *Neque enim decretum Prætoris eam vim habet, ut completam jur. civ. usucapionem rescindere, & eodem jure extinctam actionem reducere possit. Unde rescissio tota agebatur apud Prætorem, actio verò rescissoria apud judicem dabatur*; disjunctumque erat *officium Prætoris, rescindentis* alienationem & usucapionem *dantisque* actionem rescissoriam, *ab officio judicis qui de eo cognoscebat.* Ad tertium respondetur *ex obs. ad d. n. 5. quod met. caus.* ubi quæ ad judicium rescindens requiruntur, explicavimus. Neque dubium, si quis *separatim* hodie agere velit prius imploratione officii judicis, pro restituendo & rescindenda usucapione, quin hæc omnia prius interveniri debeant, adeoque sententia petitioni conformis ferri: pari ratione ac si quis hodie prius agat querela inofficiosi, & postea hæreditatis petitione. Possunt autem *cumulari hæc duo remedia*, ut concedit Bachov. *in prot. p.951. in f.* (eo ipso indicans non una esse, sed diversa judicia, *arg. l.16. l.18. de exc.*) *& quando tum ita concurrunt, uno judicio expediuntur*, sed propter factam cumulationem, ex se diversa. Ex quo lapsi fortè videntur, qui, à veteribus & communissima atque receptissima eorum opinione divortium facientes putant id omne uno judicio semper expediri, quod textibus juris non convenit. Addesis pro nostra sententia Maurit. Oddum citatos Hilligero *Don. en. d. 21. comm. 5. lit. S.* Zas. Schneidvv. *§. rursus de actionib.* Sichard. *C. de in integ. rest. num.4.* Cæterum acriter nostram sententiam impugnat quoque Dn. Willenbach *ad Cod. l. ult. h. t.*

Probatur in h. ed. duplicitas judicii.

Resp. Bachovio dilucidè.

Cumulantur hæc judicia.

N. X. *Hæc generalis clausula*) Cum præter absentiam majorum possint adhuc *varii casus* intervenire, propter quos *æquum* sit ipsis restitutionis auxilium præstare, nec singulatim omnes notari potuerint, adjecit Prætor generalem clausulam *si qua alia mihi justa causa esse* videbitur, *l.1. §. fin. h. t.* Non autem obtinet hæc tantùm in aliis casibus absentiæ, ut sentire videtur Autor, sed & *in alio quovis justo impedimento.* Conspicua illa in primis est hodie in *Restitutione in integ. contra sententiam* majoribus etiam competente: qualis in Duc. Br. & Luneb. Wolferb. & Kalenb. obtinet ex d. Ordinat. provinc. *t.66. §.* über dieß sed ad decendium restricta, *d. § fin.* es mag auch. Nec dissimilis planè illa est, quæ minori vel universitati contra desertam appellationem vel probationem conceditur, modò læsio ostendatur, quâ de Maurit. c.50. Specul. *de rest. in integ. §.1. v. illud quoque*, Hartm. Pistor. *lib.1. q.12. num.15.* Rectè tamen rejicit Noster sententiam Dd. *beneficio clausulæ generalis, etiam ex solo capite ignorantiæ dari actionem rescissoriam adversus præscriptionem*, putantium, contra *l.3. C. de præscr. 30. ann. l. f. C. de præscr. long. temp. N.119. c. ultra c. aures. de præscr. c. volumus. 16. q.4.* vid. Mudæ. *ad rubr. C. si adv. vend.* Janss. Bachov. *ad Tr. h. th.17.* D. Perez. *C. h. n. f.* Nec meretur illa ut in praxi attendatur, cum *sic tota usucapionum & præscript. fundamenta penitus everterentur*, & præmium ferret qui ob supinam & superabilem ignorantiam amissione rei est punitus: quomodo sæpius pronunciatum memini: quamvis Gail. *2. observ. 19.* contrarium usu receptum velit. Illud denique quod Wesenb. de Officio judicis h. t. addit ἀλλότριον est, minimè extendendum ad præscriptionem: Textus enim allegatus *l. 3. C. h.* cui addi possunt *l.2. C. de resc. vend. l.3. C comm. utr. judic.* agunt modò de restitutione majorum *ordinaria & juris civilis*, quæ huc planè non pertinet, & fit illa in contractibus b. f. ubi illi dolo inducti. Conf. Bachov. *in not.* D. Perez. *C. h. n.9.* & nunc Dn. Mevium de differentia restitutionis quæ petitur contra sententiam, & quæ contra actum alium, *p.2. dec. 66.* de per autem non concedendæ contra executionem, *p.2. dec.151.* coram quo judice petatur illa quæ contra rem judicatam. *p.2. d. 152.* Add. D. Mantz. *ad h. l. test.*

Restit. ex clausula generali causæ justæ f. æquitatis.

Etiam contra sententiam.

Non datur contra præscript. ex causa ignorantiæ.

Restitutio ex h. §. C. h. est ordinaria.

***

TITUL.

TITULUS VII. C. 2. 55.

De Alienatione judicii mutandi causa facta.

1. *Ratio hujus Restitutionis.*

Ultima restitutionum species ad Alienationem judicii mutandi causa factam pertinet qua us subvenitur, qui justo errore, hoc est, nullo suo facto sed dolo adversarii in molestias & detrimenta litium præcipitantur. Cum enim intelligeret Prætor judiciorum exitum interdum duriorem constitui, opposito alio adversario: iniquum autem esse, ex alieno facto causam nostram fieri deteriorem, *l. 1. quod vi aut clam. l. non debet 75. de reg. jur.* in eam quoque rem prospexit: ut si quis alienando rem cujus vendicationem timeretur, alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit: tanti nobis in Factum actione teneatur, quanti nostra interfuit, alium nos adversarium non habuisse, *l. 1. h. t.*

2. *Ex quibus causis detur hæc restitutio.*

Itaque si alterius provinciæ & jurisdictionis hominem, cujus forum sequendum sit, *l. 3 h. t. l. fi. C. de jurisd. om. jud.* aut potentiorem nobis adversarium, cui pares esse non possumus, (privatum tamen nam si quis alicui Magistratu aliave potestate civili publicaque prædito mancipet: ipso jure nulla est alienatio, *l. 2. C. ne lic. po.*) aut alium improbum Phormionem, qui vexaturus sit adversarium, opposuerit, aut quocunque modo duriorem nobis agendi conditionem fecerit: tenebitur hac actione *l. 1. in fin. l. 2. 3. h. t.* ad id quod interest nostra, *l. item 4. §. hac actio. 4.* alium adversarium non habuisse: forte si quas impensas fecerim, aut si quam aliam incommoditatem passus sim alio adversario substituto, *l. 3. §. fin.*

3. *Ex quibus causis detur hæc restitutio.*

Quid ergo, si reus ostendat, actoris nihil interesse: puta quod nullum jus in re habeat: vel quia usucapta res sit: vel nunquam actoris dominio subjecta: aut sine culpa ejus qui alienavit, dicatur extincta?

4. *Ad quid detur.*

Et recte dicitur, denegandam ex hoc edicto actionem, cum causa actionis, videlicet damnum actoris, non exstat, *d. l. 3. §. fi. d. l. 4. §. hac act. 4. l. ex hoc 8.*

5. *Cessante interesse, cessat ista restitutio.*

Eadem ratione non ad præsentia, sed futura judicia, hæc alienatio pertinere creditur. Nam inchoato semel judicio, & re facta litigiosa (quod fit per citationem, libelli oblationem, aut alio modo, causa mota, in Realib. quemadmodum litis contestatione in Personalibus, *gl. & Dd. in l. 2. & Auth. litig. C. de litig. Fab. in §. 1. Instit. de act.*) alienatio interdicta est: & si fiat, nullius erit momenti, *l. 1. & fin. C. de litig.* saltem Exceptionis ope: *vide Cujac. hic & tit. ult. inf. de lit. gio.* quia pendente judicio, nihil est innovandum: *tot. tit. C. ut lit. pend. & extr. cod. tit.* unde cum alienando nihil efficiatur, & idem maneat possessor, non teneri hoc quidem Edicto, cum actoris nihil intersit: perinde atque is, qui eam alienasset, statim rem recepit. *l. 8. in fin. h. t.*

6. *Hanc restitutionem ad futura tantummodo judicia pertinere, & quare.*

Pertinet igitur hoc edictum ad futura judicia, cum quis metu impendentis litis alienat rem, vel alienatione duriorem adversarii conditionem reddit, *l. communi. 24. inf. com. divid.* Perinde autem est, quoquo modo fiat alienatio, etiam donationis causa: *l. pen. h. t.* dummodo vel ex persona ejus in quem translata est, vel aliis ex circumstantiis constet, & Dolo malo, & causa mutandi judicii, alienationem factam esse: utrumque enim concurrat necesse est, *Bar. in l. item 4. §. fin. ubi ponit modum utriusque probandi. h. t.* cum utriusque in Edicto fiat mentio, *d. l. 4. §. si quis autem. 3.* ut locum hæc actio habeat, *l. 4. §. 1. h. t.* Quamobrem si quis sine Dolo malo possidere desiit, quantumvis Judicii mutandi causa id faciat, huic Edicto non erit obnoxius, *d. l. 4. §. 1.* Quid enim si quis ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes litem in alium transferat? Nisi enim hoc admittas, interdictum erit per procuratores litigare, dominio plerumque in eos justa ex causa translato: quod dicere fuerit perabsurdum, *d. l. 4. §. si quis. 1.* Quid si obligatus solvero Titio eam ipsam rem, quam petere intendis? *l. antepen. h. t.* quid si venditori redhibeam? *l. 8. in fin. l. 9. hoc t.* certe in necessaria alienatione dolum esse dici nequit: *l. 1. de fun. do.* nec fraudem committit, qui suo jure utitur, *l. nullus. 55. de reg. jur. l. si donatarum. 9. in fin. de cond. cau. da. l. 1. §. idem aiunt. 10. vers. denique de aqu. pluv. arc.* Quid si sine dolo malo, eo animo, ut litis molestia liberer, rem alienem? equidem verecunda cogitatio lites execrantis, non erit vituperanda, qui tanti habuit eas carere, ne propter eam sæpius litigarem, *l. . §. . h. t.* Jam vero si quis hæredem instituendo, vel legando alienet, num judex arbitrabitur mutandi judicii causa, ac non potius benigna voluntate *l. nec adjecit. 8. pro soc.* id esse factum? *l. ex hoc 8. in fin. h. t.* Contra potest aliquis Dolo malo desinere possidere, nec tamen judicii mutandi causa id fecisse, neque hoc judicio teneri. Nec enim alienat, quod ad hoc Edictum attinet, qui duntaxat possessionem omittit, sed oportet judicii mutandi causa id fieri, *l. 4. §. . h. t.* Mutandi autem judicii causa fieri dicitur, cum molestior adversarius subjicitur, aut alia ratione agendi conditio durior fit, & deterior, *l. 1. 2. 3. §. 1. h. t.* Ergo si ex alienatione nullum detrimentum sentiat actor puta quod in perinde accommodum atque expositum hominem alienatio sit facta, cessabit ex hoc edicto actio: ut etiam tum, quando is qui alienavit, paratus est utile, & ex æquitate admissum, atque efficax vendicationis judicium pati: perinde ac si possideret, *l. 3. §. fin. l. si quis jeob ubi de rei vindic.* Neque enim his casibus interest agentis, alienationem esse factam: & proinde nihil exigere poterit. Ex quo facile intelligi potest, hanc actionem pertinere ad Vindicationes, vel actiones his similes: ut Mistas & ut Rem scriptas: *Cujac. obj. lib. 0. cap. 3. per l. 24. §. ult. comm. dividun.* & cum Rei vendicatione concurrere: *gloss. Bart. & Dd. in l. 3. §. final. h. t.* quanquam alii non firmis sat argumentis contradicant. *Ias. Zas. & alii in §. 1. Instit. de actio.*

7. *Quamdiu & an hæredibus hæc actio detur.*

Porro cum hæc actio testimonia rei persecutionem contineat arbitrio judicis, *d. l. 8. hoc tit.* hæredi dabitur, *d. l. 4. §. fin.* In hæredem autem vel similem, quatenus ad eum pervenit, *l. & ad quos pertinet 6. h. t. Cujac. observ. 12. cap. 57.* nec post annum dabitur: *l. 5. 6. 7. h. t.* quia licet pertineat ad rei persecutionem, tamen ex parte debitoris ex delicto dari videtur: *l. 7. h. t.* nascitur enim ex dolo, quod delictum est: *l. item exigit. 16. sup. de dol. mal.* daturque sive factus sit, locupletior reus, sive non sit, in id quod interest actoris: ut pœnalis sit actio quod ad reum attinet: quod genus actionum, nequaquam in hæredes debitoris rei, ex regula juris transit, *l. 1. de pri. del. §. 1. Instit. de perp. & tem. act. l. in honorariis 35. de act. l. 5. §. fin. ne quis eum.*

8. *Edicti verba.*

Hujus edicti verba ita restituit Baro, *Man. lib. 1.* NE QUA ALIENATIO JUDICII MUTANDI CAUSA FIAT, SI QUÆ DOLO MALO CESSIO, QUÆVE ALIENATIO JUDICII MUTANDI CAUSA FACTA FUERIT. NEQUE ARBITRIO JUDICIS PRISTINA JUDICII CAUSA RESTITUATUR EI AD QUEM EA RES PERTINEBIT, IN EUM QUI ID FECISSE DICETUR, QUANTI EA RES ERIT, INTRA ANNUM QUO PRIMUM EXPERIUNDI POTESTAS ERIT, JUDICIUM DABO.

9. *Cur hoc ad Ulp. Caius provinciale appellat.*

Cæterum non modo personalem actionem ad id quod interest, sed etiam restitutionem in integrum, ex hoc Edicto datam fuisse, l. unic. C. eod. ostendit: ut non sit nihil, quod in hoc Baronis albo desiderare possis. Hoc edictum Paulus *d. l. 3. §. an prætor. hoc t.* & Ulp. *l. 1. 4. h. t. l. communis §. 1. inf. com. divid.* ad prætorem referunt, Caius ad proconsulem *l. 1. l. 3. §. fin. h. t.* Neque id novum est: scripserunt enim Paulus & Ulp. Ad Edictum Urbicum, Caius ad edictum Provinciale; quod prætores aliique qui Proconsulari potestate in provincias mittebantur, perinde ac Romæ magistratus, quorum vices sustinebant, *vide sup. ad tit. de off. procon. & de off. præs.* in provinciis edicta proponebant, ex quibus jus dicerent: *Cic. in Verr. & lib. Epist. ad Att. 5. epist. 1.* quæ cum essent urbicis consimilia, ea interpretanda Caius suscepit: ita fit interdum, ut quod Paulus & Ulp. Prætorem edixisse scribunt, id Caius fere Proconsuli ascribat, *l. 1. de postul. l. patri. 27. §. 1. de mino. l. in hæredem. 26. de dol. mal.* Sed & veram restitutionem, alienatione nimirum rescissa, ex hoc Edicto datam esse, argumento est, quod non tantum in alienantem, sed contra possessorem quoque ex edicto utrem actio detur, nisi dicamus id consilio. Principium *l. un. C. de alie. judic. mutan. cau. ubi Dd.* tandem inductum, & ea in parte edictum interpolatum esse, quod nunc quidem in medium relinquo. Est autem edictum in possessorem & reum directum, qui quoad realia judicia possessionem aliquando causam agentis facere potest deteriorem. In personalibus non æque, quod invito creditore alium vice sua delegare & in alium jus suum transferre non possit: *l. 1. C. de novat.* Quo ad agentem tamen huic Edicto, quod generale est, & quamvis alienationem, judicii mutandi causa factam arguit, locus erit: *gl. l. non solum. §. 1. per l. ult. h. t.* quia cedere, debitore invito, *d. l. 1.* nomen potest alteri, & quidem potentiori, aut magis privilegiato, unde judicium reo futurum sit difficilius: poterit igitur ex hoc Edicto petere, ut denegentur cessionario actiones, ni paratus sit eo jure agere, quo cedens uti debuisset, *vide Cujac. obj. lib. 12. cap. 3.*

OBSERVATA.

Datur hæc actio ob conditionem deteriorẽ actoris redditam vel alienatio.

N. II. *Aut quocunque modo duriorem*) Datur hæc actio in factum quoties alienando jud. mut. caus. conditio *actoris vel petitoris* facta est durior. Fit autem durior ferè tripliciter 1. ob *qualitatem* personæ adversarii, 2. ob *mutatam qualitatem actionis*, *ut l. 3. §. 1. h.* 3. ob mutatum *negotii statum*, *l. 3. §. 4. h. t.* Qualitas personæ adversarii dicitur mutata, vel *ob potentiam* ejus, *l. 1. §. 1. h.* vel ob *fori privilegium*: *l. pen. h.* vel quod homo sit alterius provinciæ *l. 1. §. 1. l. 3. h.* vel aliàs sit *vexaturus* actorem. Requiritur tamen hîc, ut adversarius sit privatus. Rectè enim ex Gloss. *in l. 2. h t.* disting. Autor, utrum alienatio sit facta *in potentiorem ratione officii & magistratus*, an verò *in privatum potentiorem*, ita ut priori casu ipso jure nulla sit alienatio, *l. 2. C. ne liceat pot.* quamvis de eo dubitet Bach. *in not.* posteriori verò rescindatur ex edicto *h. t.*

Futuri judicii mutandi causâ.

N. V. *Nullius erit momenti*) Oportet hîc alienationem factam *judicii futuri mutandi causâ*; quia judicium præsens contra dolosum alienatorem nihilominus peragitur, ac si adhuc possideret, *cit. l. 2. & fin. C. de litigios.* Et hanc rationem etiam agnoscit Bachov. *in not.* sed malè improbat illam quam A. habet, *scil. quod alienatio sit nullius momenti.* Nam quod dicitur satis esse in alienatione judicii, ut possessio transeat, id pertinet salum ad effectum concedendæ actionis ex hoc Edicto, *per l. 4. §. 3. h. t. at præsens judicium* mutatum, & dominium & possessionem nullam facit, *d. l. 2. & l. fin.*

Non præsentis.

Præsens judicii cum alienatur alienatio nullius est mom. ope except.

Saltem exceptionis ope) Falsum hoc esse & cum seqq. parum aptè cohærere, contendit Bachov. *in not.* 1. *quod exceptio competat possidenti, cui non necessaria sit actio ex hoc edicto.* 2. *quod sec. A. hic idem, qui ante fuit, maneat possessor, ergo nequeat ope exceptionis nulla esse alienatio.* Verùm defendendus est Author. Et Bachov. confundit hic *alienationem, futuri judicii mutandi* causâ factam, cum illa, quæ est *judicii præsentis & pendentis.* De hac loquitur Wesenb. non de illa, ut cuivis patet. Ideoque respond. ad 1. actionem ex hoc edicto non dari quidem possidenti. Sed alienatione judicii pendentis factâ, illa rectè datur ita, ut non quidem ipso statim jure sit nullius momenti alienatio, sed per oppositam exceptionem, *l. 1. de litigios.* quod scil. non attenta alienatione, lis nihilominus peragenda veniat, *d. l. 2. & l. fin. C. eod.* Ita etiam a. idem qui ante fuit, hîc quidem manet possessor, *per d. l. 2. & fin.* sed effectu demum opposita litigiosi exceptione.

Requisita 3 actionis ex hoc ed.

N. VI. *Dummodo*) Tria enim requiruntur, ut huic actioni sit locus (1) ut *alienatio* rei, de qua controversia futura erat, facta sit *l. 4. §. 1. h.* (2) *judicii futuri mutandi causâ*, h. e. ut durior adversarius substituatur, & (3) ut *dolo malo* facta sit alienatio *l. 1. l. 4. eod.* contra fraudatorem enim datur hæc restitutio. Add. Dn. Frantzk. *comm. h. n. 5.*

Quomodo hic cõcurrat utilis rei vind & hæc actio in factum in alienatorem.

Vindicationis judicium) Concurrunt hîc *utilis rei vindicatio & hæc actio in factum contra alienatorem*, sed electivè, ita, ut detur facultas actori, utrâ agere velit, *arg. l. 27. §. 3. de R. V. l. 1. §. fin. de tign. junct.* *Utilis autem hic dicitur rei vindicatio, non qua oritur ex dominio utili, sed quatenus opponitur directæ rei vindicationi, & datur ob æquitatem, quandoque etiam contra illos, qui non sunt possessores.* Nec obficit, quod cessare debeat, ergo actio in factum, cum competat remedium ordinarium. Resp. enim, *actione in factum agi adversus alienantem ad damnum & interesse, l. 4. §. 5. h. t. utili verò rei vindicatione adversus alienantem quasi possessorem, d. l. 27. §. 3. de Rei vindic. ad rei restitutionem l. 17. de Rei vindic.* Quin & maximè utiles sunt hæ actiones, si possessor tertius in quem res alienata, fortè eam usucepit, *l. item. pr. h. t.* Ita nec contrariatur, *l. 3. §. ult. h. t.* ubi dicitur alienatorem non posse cogi accipere utile judicium. Resp. cum Bach. *d. disp. 11. th. ult. B.* actionem ex edicto quidem ille evitare potest, suscipiendo utile judicium, sed non vice versâ utilem actionem, etsi prætorium judicium suscipere velit.

Actio hæc non est pœnalis.

N. VII. *Tamen ex parte debitoris*) Verùm actio hæc nullo modo est pœnalis, ut rectè adnotat Bachov. sed rei persecutoria, ex delicto, *l. 4. §. fin. junct. l. 9. h. t.* unde etiam est, quod hæredi competat sed in hæredem non detur. Giphan. *in l. 35. de O. & A. n. 11.*

Et hic duplex est judicium.

Sed etiam restitutionem) *Mens Autoris est & hic duplex esse judicium, rescindens scil. & rescissorium. Alienatio enim facta, judicii mutandi causâ, mero jure civili valet. quoad alienantem, neque poterat dominus eum convenire reali vel personali aliquâ actione; Non illâ, quia mero jure civili non datur actio realis contra non possidentem: non hac, quia cum alienante nihil contraxerat. Ergo prius rescindenda erat alienatio jure valida, per judicium rescindens, implorato desuper officio judicis, arg. l. un. ibi: in integrum restitutio edicto perpetuo permittatur. C. h. t.* Atque hinc est, quod detur hic actio rescissoria, duplex, *nova* scil. vel *vetus.* Illa est *actio personalis in factum ex h. t. ad interesse, l. 4. §. pen. h t.* Hæc *utilis rei vindicatio, arg. d. l. 27. §. 3. de R. V.* Diss. Bach. *in not.* quod inepta sit oppositio restitutionis in integrum & actionis personalis ex edicto. Sed ad quod respondimus supra *n. 6. verb. rescindens. ex quib. caus. maj. & pass.*

Explicata l. un. C. h. t. de vindicatione contra possessorem.

Interpolatum esse) Verùm aperta satis sunt verba *l. un. C. h. t.* & loquuntur non de actione prætoria, quæ datur etiam contra tertium possessorem: sed de rei vindicatione ordinaria & directa. Quamvis enim dominus factâ alienatione non habeat jure civili actionem vel realem vel personalem contra alienantem; tamen eodem jure contra tertium, qui rem alienatam possidet, ipsi actio non denegatur, *unde ut alternativè agere possit, vel prætoriâ in factum, aut utili rei vindicatione contra alienantem, vel etiam actione civili, directa scil. rei vindicatione: adeoque nihil hic interpolatum est.*

Non datur hoc jud. quoad judicia personalia.

Est autem edictum) Subobscura mens Autoris hæc est: Quær. *An actio ex hoc edicto saltim competat adversus reum?* Et disting. inter judicia *realia & personalia.* *Quoad illa tantùm competit contra reum, duabus rationibus* 1. quia *ei datur* actio hæc, *qui petitor* est contra eum, qui tenebatur aliàs actione in rem, *l. 5. §. 2. h. t.* & potest alienando rem facere deteriorem, hic vero est reus, 2) *In personalibus reus* (debitor fortè ex mutuo) *non potest alienare invito creditore*, h. e. substituere alium debitorem, quia delegatio fit per stipulationem creditore volente & non invito, *l. 1. C. de novat.* *Quoad judicia verò personalia dicit A. dari hanc actionem adversus actorem alienantem h. e. creditorem cedentem, non quidem directò sed utiliter. per l. ult. h. t.* quod & placet D. Perez. *C. h. n. f.* Verùm vix est ut talis assertio juri nostro conveniat 1. *quia toto h. t. de actionibus in rem agitur, arg. l. 14. §. ult. comm. divid. l. 4. §. 2. h. t.* 2. *alienationis verbum prædicatur de actionibus realibus, & juris in re translatione, l. 1. C. de fund. dot.* non verò de obligationis cessione, *arg. l. 1. C. de Obl. & Act. l. 76. de solut.* 3. quoniã de cessionibus coercendis tandẽ per Imperatores singulariter est constitu-

tum

tum *t. t. ne licent. potent. l. antepen.* & *ult. C. mand.* Et ad *l. ult. h.* responderi potest cum Bach. quod contineat specialem casum duplicis seu mixti judicii, in quo uterque actoris & rei vices sustineat. Confer. eleganter hæc explicantem Giphan. *in l. un. ad verb. in integrum restitutio C. h. t.* De anno utili add. Cujac. *ad l. 4. quod. met. caus.* Gotofr. *ad l. 6. h.* Schleiff. *h. n.*

TITULUS VIII. *C. 2. 56.*

De Receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

1. Comprommissum & causa compromissorum.

INterea ea quæ sunt judiciorum præparatoria, ultimo loco Compromissa recensentur. Nam omnibus aliis subterfugiis deficientibus, solent litigatores ad judiciorum moras & sumptus, cæteraque incommoda declinanda, privato alicui viro bono, *l. 3. §. pen. h. t.* uni aut pluribus controversiam dijudicandam credere: *l. non distinguemus. 32. §. quæsitum. 15. l. quamvis. 37. l. inter. 44. h. t.* in eamque ita compromittere, ut quicquid statuerit, ratum atque firmum & pro judicato habeatur: *l. diem 27. §. Stari & §. pe. h. t.* ut non immeritò dixerit Jurisc. *l. 1. l. quamvis 37. h. t.* Compromissa ad similitudinem judiciorum redigi, & ad finiendas lites pertinere. Quod cum esset a Prætore animadversum: quem minime fugiebat, quoquo modo inter cives jurgia consopiri, magni ad publicam tranquillitatem conservandam interesse: hanc quoque litium veluti securim minimè neglectam jacere passus est: sed Edicto atque authoritate sua in hunc fere modum ad usum aptavit:

2. Edictum de arbitris: & quid sit arbitrium & compromissum.

QUI ARBITRIUM PECUNIA COMPROMISSA RECEPERIT, *l. 3. §. ait prætor. 2. h. t.* SENTENTIAM EUM DICERE COGAM: ET NISI ARBITRIO PAREATUR, QUA DE RE RECTE COMPROMISSUM ERIT, PECUNIAM COMPROMISSAM SOLVI JUBEBO. Arbitrium significat opinionem & judicium boni viri, *l. in personam. 23. §. 1. de reg. jur. l. 1. de lega. 2. l. hoc vendit. 8. de contr. emp.* Compromissum ab eo dictum, quod litigatores compromittere, hoc est, Simul & invicem pœnam promittere soleant, ni sententiæ arbitri stetur. Promittere autem de stipulatione accipitur, *§. si scriptum. Inst. de inut. stip.* Nam ex nuda quando conventione pœna exigi nequeat: *vid. sup. de pact.* ideo Prætor authoritatem non interponit suam, quando citra stipulationem, in pactum duntaxat, pœna est deducta, *l. litigatores, 11. cum ll. seqq. h. t.* Arbitrorum, authore Proculo, *l. societatem 76. §. 1. cum ll. seqq. ff. pro soc. ubi vide Bart.* duo sunt genera: unum hujusmodi, ut sive æquum, sive iniquum dixerint, parere debeamus: quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est: quo de genere hic agitur. Alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitratum redigi pronunciatum debeat: ad quod hoc Edictum non pertinet. Hujus porrò Edicti duæ sunt partes, quarum altera, eum qui recepit arbitrium, sententiam dicere: altera litigatores dictæ sententiæ stare, ac morem gerere, metu pœnæ prætor compellit.

3. Prima pars edicti, in qua prætor licet neminem cogat arbitrium suscipere, sed susceptum exequi.

Tametsi enim neminem cogit initio arbitrium recipere (quoniam sicuti cæteri contractus actionesque privatæ liberæ sunt, *l. nec emere. C. de jur. delib. l. sicut C. de a. &.* ita & arbitrii quod neque publicum, neque civile munus est, suscipiendi aut deprecandi libera facultas esse debet:) tamen ubi semel quis in se recepit arbitrium. i. e. judicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum est pollicitus, *l. Pompon. 13. §. recepisse. 2. h. t.* ad curam & sollicitudinem suam hanc rem pertinere Prætor putavit: non tantum quod studeat hac ratione intra privatos parietes sine occupatione publica Magistratus, lites finiri: verum etiam quia non debent decipi, qui quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. Finge namque post causam jam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima, & secreta, negotii aperta, arbitrum, vel id gratiæ dantem, vel sordibus corruptum, vel alia ex causa, nolle sententiam dicere: quisquam ne potest negare æquissimum fore, Prætorem interponere se, ut officium quod in se recepit, impleat? *L. 3. §. pen. hoc t.* Itaque si subterfugere & celare se in animum inducat, Prætor eum investigare debet: & si diu non apparuerit, mulcta adversus eum dicenda est: *L. non distinguemus, 32. §. si arbiter. 11 h. t.* verum id ita demum facturum se Prætor pollicetur, si pecunia fuerit loco pœnæ compromissa.

4. Arbitrii olim nullum effectum nisi ... pœna.

Jure quippe veteri nullum erat arbitrii munimentum, nulla vis, nisi pecunia esset compromissa: *vide l. diem 27. §. fin. h. t.* quam se daturos pollicebantur, qui compromittebant, si quid contra sententiam arbitri fecissent. Quanquam enim ex sententia judicis orietur in Factum actio, qua condemnatus judicatum facere judicis officio compellebatur: *l. item veniunt 20. §. idem rescr. ff. de pet. hered. l. aliud 8. C. de rob. cred.* tamen decreto arbitri non tantum placuit vim attribui, at inter publica & privata judicia tantum maneret discrimen: ne exæquata judiciariæ authoritati privatorum hominum placita, splendor & majestas illa judiciorum obsolesceret: quemadmodum eadem ratione inter testamenta & codicillos videre licet, differentiam esse retentam, *vide inst. de codic. & Iust. cod. tit.*

5. Hodie ex sententia arbitri actio ...

Post verò etiam ex sententia arbitri, quæ aut expressim, aut Tacito quodam decem dierum consensu a litigatoribus approbata esset, tam Actionem quam Exceptionem dari, Imperatores voluerunt, *l. 4. l. pen. C. eo. tit.* Sed jure hoc ut dixi veteri nemo ex vi solius conventionis, arbitro parere cogebatur: neque Actio aut Exceptio ex Compromisso dabatur: *l. 2. h. t.* eoque addebatur pœna nummaria, aut aliares vice pœnæ. *l. litigatores, 11 §. quod ait, 2. h. t.* ut qui contra ejus sententiam quid molitus esset, eam pœnam adversario penderet. Itaque pœna nulla ab utroque promissa, vel ita promissa ut exigi non posset, ut cum Nudo pacto erat promissa: cum nullius efficaciæ futurum esset arbitrium. Prætor non cogebat arbitrum, *d. l. litigatores, cum ll. seqq.* Nam supervacuum atque deridiculum fuisset, ad id quem cogi, cujus non ullus esset effectus, *d. l. non distinguemus 32. §. summa 2.*

6. Prætorem frustra interponere arbitrio nullo, aut inefficaci, aut finito & quomodo finiatur.

Eademque ratione Prætor se non interponit, sive initio nullum sit compromissum, vel ratione personæ in quam compromittitur, *d. l. cum lege 41.* vel propter eos qui compromittunt, *d. l. 32. § si servus, 7. l. si pupillus. 35.* vel rem de qua compromissum est: *d. l. non distinguemus, 32. §. Iulian. 5.* sive valeat quidem initio, sed sit incertum an ex eo pœna propter adjectam conditionem exigi possit, *l. 11. §. fi.* sive postea deficiat pœna soluto compromisso, vel die. *d. l. non distinguemus. 32. §. summa 2.* (nam die intra quem arbiter definire ex compromisso debuit, exeunte, omne arbitrium expirat, nisi omnium voluntate dies prorogetur, *l. Labeo 25. l. diem 27.*) vel morte arbitri, aut utriusve qui compromisit, *d. l. diem §. 1.* vel acceptilatione, *l. 13. in prin.* judicio, *l. si quis rem 16.* pacto, *d. l. 32. §. 11. in 4. &.* His enim modis atque aliis finito arbitrio, Prætor sententiam dicere non cogit, *d. l. 32. h. t.* Item si justa excusatio sit, quamobrem arbiter deprecari rectè necessitatem judicandi possit, *l. 9. in fi. 10. 11. l. 3. . §. sacerdotes. 1. hoc tit.*

7. Secunda pars edicti, qua prætor jubet sententiæ arbitri stari.

Atque hæc quidem in prima parte. In secunda prætor inquit: NISI ARBITRIO PAREATUR) id est, sententiæ arbitri sive æquæ, sive iniquæ, *d. l. diem §. stari. 1. h. t. l. societatem, 77. §. fin. ff. pro soc.* (nec enim appellatio, *l. 1. ubi Bal. Cod. eod. Dd. in . arbitror. qui judic. cogn. Maran. de appell. nu. 259.* reductiove, *Panor. & Dd. in c. quintin vallis. 13. de jurejur & in c. 2. de arb. vide Bart. in l. si societatem. §. arbitror. ff. pro soc. Maran. in spec. aur. par. 6. 7. act. 2 n. 155. 156.* ad arbitrium boni viri, locum in ea habet) dummodo non extra metus compromissi vagetur, aut incerta sit, aut alio modo invalida, *l. si unus. 17. cum ll. seqq.* QUA DE RE RECTE COMPROMISSUM ERIT.) Nam ubi compromissum non valet, ne sententia quidem valere & obligare ad pœnam debet, *d. l. 32. §. Iulian. 5. cum seq.*

8. Quæ actio ad pœnam consequendam datur.

POENAM COMPROMISSAM SOLVI JUBEO.) dando actionem Exstipulatu, adversus eum qui dolo malo, *l. eo demum 31.* contravenit: unde & doli clausula ad plenum compromissum faciendum addi solet *d. l. 31.* & certam quidem, ubi pœna certa adjecta est: incerti verò actionem ad id quod interest, quoties non expressim pœna est addita, sed simpliciter sententiæ stari quis stipulatione promisit, *l. 26. §. 4. h. t.*

9. De reductione ad arbitrium boni viri.

At hodie, ut dixi, ex constitutionibus, actio & exceptio ex sententia arbitri semel approbata datur: *l. pen. 1. 10.* scilicet quando decem silentio dierum est homologata: post quod tempus non potest peti, *l pen. C. eo. ubi Bald. Maran. prax. l. loc. n. 13. Panor. in d. c. quintin vall. de jurejur* reductio ad Arbitrium boni viri: etiamsi hæc alias 30. annis, in arbitratoribus scil. debentibus, duret: *ita est communis conclusio, Bart. in d. l. arbitror. & ind. c. quintin vallis. Alex. cons. 95. vol. 1. So . cons. 120 vol. 2. Dec. cons. 83. in fi. Maran. prax. loc. nu. 112. decis. Neap. 151. Ang. cons. 314.* Si tamen enormis & evidens extaret in arbitrio læsio, etiam post decem dies Exceptio doli, contra illius iniquitatem, *l. si quis cum aliter. 36. ubi not. Doleni*

in ipso

ro ipsa in omni læsione subesse, de verb. oblig. opponi posset, executionem impeditura: *d. l. non distinguemus, 32. §. cum quidam, h. t. Panor. in c. 2. ext. eod. per c. quinta vallis. Maran. praal. loc. nu. 255.* cui exceptioni non facilè, ne cum Juramento quidem, *vide Cov. in d. c. quinta vallis. Maran. praall. loc. nu. 315. & 332. Rom. consil. 87.* intelligitur renunciatis ut nec remedio *l. 2. C. de rescind. vend.* ob læsionem ultra dimidium justæ debitionis, *vide Cast. in l. 2. n. 9. cum multis seq. C. de rescind. vend.* inducto: quod ipsum quoque arbitramenta rescindere receptum est, *vide Mynf. obs. 33. cent. 1.*

OBSERVATA.

Compromissum quid.

N. I. *Compromissum*) Est illud nihil aliud, quàm utriusque litigatoris promissum *l. 3. §. 1. h.* & stipulatio, *l. 32. §. 18. eod.* quia litigatores sibi invicem sub pœna promissi cavent, se arbitri sententiæ stare velle *l. 11. §. 2. eod. t. Hac tamen non est sec. Logicos perfecta compromissi definitio, nam aliquando etiam sine mutua pœna stipulatione constituitur.*

Olim secus compromissu per stipul. Exc. 2. casus.

N. II. *Promittere autem de stipulatione*) Olim non valebat compromissum, nisi esset factum *per stipulationem pœnalem, d. l. 11. §. 2. h. l. 32. §. 1. l. 13. eod.* quia poterat habere effectum, & dari actio ex stipulatu. Excipiebantur duo casus 1. *si litigatores jurassent* se arbitri sententiæ stare velle, 2. si *arbiter præstitisset juramentum*, quod vellet judicare, *l. 4. §. 2. & 3. C. h. t.*

Et hodie.

quod sublatum *N. 82. c. 11.* Proinde nudo pacto non fiebat compromissum, ex quo nulla obligatio *l. 1. l. pen. C. h.* Secus ac censet D. Mæstert. *de inst. Rom. l. 19. l. t. dub. 47. & 28.* Cujus sententia vera jur. nat. & canonico c. *per tuas h. t.* Barbos. *ibid.* Molin. *tr. 5. disp. 34. n. 1. 2. & seqq. & obs. 1. de pact. n. 9.* Jure novo etiam dicitur fieri per *stipulationem vel promissionem pœna, d. c.* Exceptis duobus casibus, (1) nisi *expressè probata* sit sententia *subscriptione*, vel publico instrumento, (2) nisi *homologata*, hoc est tacitè probata, post lapsum X. dierum, *l. 5. C. h. t.*

Etiam jure novo fit per stipul.

N. V. *Post verò*) Putat Wesenb. *h. & n. 9. jure quidem veteri compromissum non potuisse fieri, nisi stipulatione pœnali: jure autem novo exinde citra etiam stipulationis interventum oriri actionem & exceptionẽ.* Verùm, ut ante diximus, & jure novo itidem dicitur fieri per stipulationem regulariter, *d. Novell. 82. c. 11.* Nec officit *l. 4. C. h. & l. 5. eod.* quia *l. 4.* sublatam diximus per *Novell. 82. c. 11.* At in *l. 5.* datur actio & exceptio non nisi in singulari casu, scil. ubi sententia citra stipulationem partium præcedentem lata, vel approbata est, vel expressè per subscriptionem, vel tacitè per lapsum X. dierum. *Hoc enim demum casu (non regulariter) datur actio in factum actori, reo verò si est absolutus, exceptio.* Actio autem hæc & exceptio dantur ad similitudinem rei judicatæ actionis in factum vel exceptionis, quæ oritur ex sententia, quando illa post lapsum X. dierum transivit in rem judicatam. *arg. l. 1. h. t.*

Exceptio à casibus.

Addatur modò ista hæc de effectu & vi compromissi deq; laudo à judicio, nec quicquam contra moliendo, Dn. Mevius *p. 2. decis. 280.*

Ab arbitro nulla appellatio.

N. VII. *Nec enim appellatio*) Quia arbiter non est judex nec habet jurisdictionem, sibique imputet, qui promisit per stipulationem, *l. 27. §. 2. h. t.* cui non prodesse potest appellatio, cum pœna statim sit commissa & debeatur ex stipulatione, *sec. princ. instit.* Sed vid. Gail. *l. 1. O. 149. n. 4.* Bach. *in comm. h. t. c. 6. n. 4. in fin.* Attamen instar Appellationis sunt hic I. quandoque *Reductio ad arbitrium boni viri* II. *Doli exceptio.* vid. Zœt. *h. n. 30.* Illa nihil aliud est, quàm relatio ad ipsius judicis arbitrium, qui vir bonus dicitur *l. 18. in dic. solut.* Durat autem XXX. annis, & effectum habet suspensivum, Dd. comm. *in d. c. quinta. vallis, de*

Quid reductio ad arbitrium boni vir.

jurejur. Et hanc in arbitri compromissarii sententia habere locum tum demum, ubi laudum manifestam & evidentissimam continet iniquitatem, probat ex *l. 32. §. 14. h.* Gail. *1. Obs. 149. n. 1. & 2. obs. 150. n. 8.* à quo diversus est Zœs. *h. n. 31.* In arbitratorum autem definitionibus & aliàs ei locum esse, dicit Wes. *h.* Zœs. *d. n.* Nam quamvis illi non quà judices æstimationem faciant, tamen si partes steterunt isti æstimationi, *§. 1. I. de empt. & vend.* & sint læsæ, judicem adire possunt, *l. 76. pro soc. l. ult. C. de contrah. empt.* Diss. Bach. *ad Tr. h. lib. 4. lit. F. in fin.* Sed & ab arbitrio compromissario ante pronunciatum laudum recedere & ad ordinarium judicem ire licet; Dn. Richter *p. 1. cons. 64. n. 18. & mult. seqq.* De *exceptione doli est d. l. 32. §. 14. h. t.*

Quomodo contra arbitrio detur exc. doli.

Ideoque si arbitrium manifestam contineat læsionem, cum tunc nulla sit sententia, putaverim eam exceptionem, contra Bachov. *in not.* etiam post lapsum X. dierum opponi posse. Hâc autem ratione fit recursus ad judicem, qui causa cognitâ *potest arbitrium retractare.* Et proposita sic Reductio per modum exceptionis *arg. l. 46. §. item de proc. l. 3. rem. rat. hab.* nullius temporis, quantumvis longissimi præscriptione excluditur, quod quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sint ad excipiendum, *l. 5. §. f. de dol. mal. except.* Verùm Quæstio est. *Si quis juravit, se stare velle arbitrio, an postea exinde enormissimè læsus, opponere possit prædictam exceptionem doli?* Bachov. *in not.* distingu. ut in læsione *ex dolo vero* admittenda sit exceptio, non verò in illa, quæ dicitur ex *dolo re ipsa contingente* ultra dimidium. Verùm rectiùs indistinctè hoc affirmat Noster: Quia quamvis partes promittant stare sententiæ arbitri, tamen semper subintelligitur, nisi is enormissimè læserit, *l. 3. de oper. lib. l. 76. §. 1. pro soc. arg. d. l. 32. §. 14. h. t.* & enormissima læsio non præsumitur cogitata: juramentum etiam ad incogitata non extenditur, *arg. c. clericus de jurejur.* Conf. Marant. *all. loc.* Molin. *d. tr. 5. disp. 35. n. 3. v. in foro a.*

Etiam qui juravit ubi enormissimè læsus.

Illud nihil est quod h. n. addit Wesenb. de remedio *l. 2. C. de resc. vend.* non enim pertinet ad arbitri rescissionem, cum, ut sententiæ, ita & illud stricti sint juris, ideoque ut contra illam ejusmodi remedium non obtinet, ita nec contra hoc ei locus esse possit. Vid. Bach. *in not. h.*

Exulat hinc benef. l. 2. C. de resc. vend.

Addi verò hic meretur, quod compromissum, morte compromittentium ante laudum pronunciatum secutâ, finitur, *l. 27. §. 1. h. c. 10. X. eod.* vid. Barbos. *ibid. in collectan.* Quomodo nuper in Colleg. nostro in ardua causa pronunciatum scio. Ratio est compromissi summa personalitas. Cæterùm principia generalia hujus (1) sunt, ut lites eò temporius finiantur, (2) ne compromittentes qui elegerunt arbitrum, tanquam virum bonum, contra principia justitiæ, decipiantur.

Conf. etiam de hac materia Dn. Stuckium *p. 1. cons. 4. n. 12. 14. 92. 94. 317. & 120. 123.*

* * *

TITUL.

TITULUS IX.

Nautæ, Caupones, stabularii, ut recepta restituant.

1. *Continuatio tituli.*

GEneralis est tituli superioris inscriptio, DE RECEPTIS: *in Flor. exemplari*, unde cum non modo arbitri sententiam se dicturos, sed etiam nautæ, caupones, stabularii, res sibi creditas custodiendas recipiant: rectè atque ordine fit, ut postquam ostensum est, quemadmodum arbitri suscepto satisfacere arbitrio ex Edicto cogantur, obiter etiam declaremus, quomodo hi ex Recepto obligentur.

2. *Duo esse hujus edicti capita.*

Sciendum autem, est, hujus Edicti duo fuisse capita quorum ex utroque diversas separatim actiones Prætor pollicebatur.

3. *Primum caput: & ejus ratio atque propositum.*

Horum primum extat, ut Ulpian. *l.1. in prin.* repetitum: NAUTÆ, CAUPONES, STABULARII, QUOD CUJUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT, NISI RESTITUENT, IN EOS JUDICIUM DABO.) Maxima utilitas est hujus Edicti, quo simul succurritur viatoribus, quos necesse est plerunque horum hospitum fidem sequi, & quamlibet ignotorum custodiæ res committere, Simul occurritur fraudibus ex ea fæce hominum, quas cum furibus, adversus eos quos recipiunt, struere solent, *l. 1. in prin.*

4. *Qui ex hoc capite teneantur.*

Nautas, caupones, stabularios, eos accipimus, qui navim, cauponam, stabulum exercent: *l. 1. §. 1. & 1.* id est, ad quos quæstus & reditus præcipue pervenuint, *l. 1. §. exercitorem, ff. de exer. act. §. . Instit. quod cum eo qui in alien. po.* Exercere enim, est quæstum ex rei alicujus exercitio facere, *d.l. . & 1. ff. de exerc. act.* Quamvis autem hi non mercedem accipiunt custodiæ gratia: sed nauta, ut trajiciat vectores cum mercibus: caupo, ut viatores manere in caupona patiatur: stabularius, ut permittat jumenta apud se stabulari: tamen & custodiæ nomine de omnibus rebus quas receperunt, teneantur: quod iniquum videri non debet, cum & fullo ac sarcinator custodiæ nomine ex locato teneantur: quamvis non pro custodia, sed pro artificio & opera mercedem accipiant, *l. 5. h. t.*

5. *Quando dicatur receptum, ut locus sit edicto.*

Ait Prætor: QUOD CUJUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT) videlicet tanquam nautæ, caupones, stabularii, nam si extra negotium suum, ut depositum ab amico, rem pignori datam aut commodatam receperint, hoc quidem judicio (quando civile cujusque pactionis sufficiat) non tenebuntur: *l. 3. §. 1. vers. cæterum.* Receptæ autem res esse videntur, etsi non expressim custodiæ ipsorum assignatæ sint, sed solum immissæ, *l. 1. §. fin. h.* Ipso enim facto, qui immittit, testatur se suaque fidei custodiæque exercitoris committere, & is silentio atque exercitio quasi profitetur, se suamque navim aut diversorium idoneum esse, cui res tuto credantur. Itaque ex hoc Edicto tenebuntur, nisi prædixerint Exercitores, ut unusquisque Vectorum aut hospitum res suas servet, neque enim se damnum velle præstare, & vectores prædictioni consenserint, *l. fin. vers. item si prædixerit h. t.* res, que perierint, aut amissæ sint, non quidem fatali damno aut vi majore, *l. 3. §. 1. h. t.* sed negligentia, aut culpa, aut casu, qui præcaveri potuit, ut incendio, *l. 11. vendens. 11. de per. & com. rei vend. furtum l. cum duobus. 52. §. damn. ff. pro soc. vide Bald. in l. 1. in 1.* quæst. C. depos. Salic. in l. qua fortuitis. C. de pign. act. Pan. in c. 1. de commo. &c. neque solum ex suo tenentur facto, sed omnium omnino qui in navi, caupona, stabulo sunt, habitant vel diversantur, *l. 1. §. fin. l. 2. l. 3. in prin. §. 1.*

6. *Ex hoc edicto quale nam actio detur & cum quibus concurrat.*

At quomodo teneantur, videamus, ait enim Prætor: NISI RESTITUENT, IN EOS JUDICIUM DABO. Ex hoc igitur Edicto, nisi restitutio fiat, in Factum actio datur Honoraria de Recepto, *l. 3. §. fin.* Nam etsi civiles actiones non desint, ut locati, si merces intervenit: si gratis res susceptæ sunt, depositi: tamen hæ actiones non nisi ex conventione dantur, quæ sæpè non intercedit, aut etiam difficulter probari potest, ut debet, *l. consilio, de rei vind.* Deinde ut in hoc argumento maximè aliquando civilis aliqua actio concurrere posset: nihilo tamen minus ut innotesceret, Prætorem curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, etiam ex suo Edicto judicium pollicetur: in quo hoc amplius est, quod non solum ex dolo suo: ut in depositi: aut culpa, ut in locati judicio, sed omnimodo qui recepit conveniatur: etiamsi sine sua culpa, puta negligentia familiæ, res perierit, vel damnum datum sit, *d.l. 3. § 1.*

7. *Actionem hanc esse in simplū.*

Probabile autem est, hanc actionem tantum in Simplum fuisse conceptam: cum quia tanquam ex contractu, quasi conducto vel deposito competebat, tum quod I. C. ait, Rei tantum persecutionem ea continere, eoque in hæredem & perpetuò dari, *l. 3. §. pen. h. t.*

8. *Secundū hujus edicti caput.*

Secundum hujus Edicti caput, consulto dicam, an per negligentiam compilatorum? est omissum, quod sic restituit Baro: SI FURTUM FACTUM, DAMNUMVE INJURIA DATUM, AB IIS QUORUM OPERA ET MINISTERIO NAUTÆ, CAUPONES ET STABULARII, IN NAVE CAUPONA ET STABULO UTUNTUR, ESSE DICETUR: IN FACTUM IN EXERCITORES CAUPONES ET STABULARIOS, IN DUPLUM JUDICIUM DABO.

9. *Act. enim in dup. non ex hoc edicto dari, & contra quos, & ex qua causa.*

Ex hoc edicto actio in Duplum adversus exercitorem competit, ex quasi delicto: si vel ipse vel aliquis eorum, quibus in exercendo utitur, furtum fecerit, aut damnum dederit ei qui res suas credidit, *l. 6. & . h. t. l. unic. inf. furt. advers. naut. caup. stab.* sicut & habitator nomine suæ familiæ, si quid dejectum fuerit vel effusum, tenetur, *inf. de his qui dejecer.* Ex quasi autem maleficio hæc actio datur: est enim in suorum etiam delictis aliquatenus reus, qui malorum hominum opera usus est, *§. pen. inst. de obl. quæ ex quasi del. . d. l. fin. §. si servus. 1. d. l. unic.* Sanè factum viatorum & hospitum, quorum conditionem probabiliter ignorare potest, neutiquam hic præstat exercitor, *l. 1. §. ult. fact. 2.*

10. *Pœnalem hanc esse actionem, nec transire ad hæredes, quā vis sit perpetua.*

Porrò cum pœnalis sit hæc actio, non transit in hæredem: *l. §. hac judicia, 4.* perpetuam tamen (quod mirum) exemplo actionis Furti & legis Aquiliæ, cum quibus quandam habet cognationem, *d. l. un. ea.* Prætor esse voluit: *d. §. hac judicia*, quo viatoribus & securitati hospitum quorum respectu quadantenus Rei est persecutoria, & qui ex mercibus aliquid amissum esse, sæpenumero serius deprehendunt, prolixius consuleretur.

O B S E R V A T A.

Quæritur ratio connexionis.

N.I. *De Receptis*) Connexio à plerisque peti solet ex *generalitate nominis receptorum; quamvis verum sit eam non esse accuratam, ut nec in omnibus requiritur.* Posset etiam dici, actiones in factum, ex edictu h. t. descendentes, esse valde singulares & summarias, ideoque relatas ad præparatoria judiciorum.

Primum edicti caput ex q. oritur.

N. V. Rectè dixerat A. n. præc. hujus ed. duo esse capita. Alterum *ex q. contractu* ad reddendas res illatas in navem, cauponam vel stabulum receptas. Alterum *ex q. delicto* ad pœnam. Nunc explicat h. naturam illius quasi contractus. Etenim ut teneantur hinc nautæ, caupones, stabularii, requiritur 1. ut *quâ tales* recipiant; quia propter improbitatem istius modi hominum reprimendam, propositum est hoc edictum, *l. 3. §. 1. & 2. h. t.* 2. ut ab iis *revera quid receptum* sit in navem, cauponam vel stabulum, *l. 1. §. 6. eod.* Receptum autem hîc dicitur dupliciter, *l. 1. §. ult. h. t.* (1) si res *ipsis scientibus assignatæ* sint ad custodiendum, (2) si solùm *immissæ sint ipsis ignorantibus.* Et utroque casu oritur obligatio ex quasi contractu, seu ficta conventione, quæ *res receptione* inducitur. Dissentit quoad posterius Gloss. *h.* restringens *d. §. fin.* ad immissionem, quæ fit sciente. v. c. nauta, exinde; quod si quis rem immisit, & commisit custodiæ familiæ aut mediastini, nauta non teneatur re illâ perditâ, quod nescieverit, *l. 3. §. 3. h. t.* Quæ sententia æquior videtur. Bonæ enim fidei juxta principia justitiæ, convenit, ut quod receptum est, præstetur. Arnold. Vinn. *ad Peck. de re naut. in l. 1. §. 2. h.* Exceptio tamen est

Quomodo eundem teneantur nautæ

nec obligantur v. c. nautæ ex hoc quasi contractu,

(1) si

(1) si *protestati* sint, se nolle rem servare, & consenserint vectores, *l. ult. pr. circ. fin. h. t.* nam si dissenserint, ex re immissa nihilominus oritur obligatio, *arg. d. l. 1. §. fin. eod.* (2) si quidem non protestati sint, sed res immissa, *casu fortuito*, v. c. naufragio perierit, *l. 3. §. 1. ibi: nisi quid damno fatali h. t.* Quomodo d. 2. Apr. an. 1654. & iterum 10. April. anni 1549. in causa I. L. contra I. Konerding. à Fac. nostra Juridic. responsum meminimi; quia non nisi ex culpa sua (levissima) & familiæ tenentur.

An teneantur v. c. nautæ propter factum hominum & vectorum ex q. contractu.

Neque solùm ex suo) Putat Bach. *in not.* hoc non ad primum sed ad alterum edicti caput referendum esse. Verùm minùs rectè, quia *sec. all. ll.* ex recepto h. e. ex quasi contractu tenentur nauta, caupo, stabularius, etsi sine culpa eorum (puta culpa vectorum aut hospitum) res perierit, vel damnum datum sit. Neque contrariantur *§. fin. Inst. de oblig. quæ ex quas. delict.* & *l. 1. § l. fin. furt. advers. naut. caup. stabul.* ubi dicitur, prædictos homines taorum teneri ex damno eorum, quorum operâ navem, cauponam aut stabulum exercent, atque ita non ex facto viatorum. R. enim *d. text.* loqui non de actione in factum ex quasi contractu ex recepto, quæ ex prima parte edicti; sed de illa, quæ ex quasi delicto & altero edicti capite promanat. Ratio est, *quia quoad suos ministros culpæ reï sunt, cum possent non nisi operâ hominum malorum: at mores & conditiones hospitum ignorari & quosvis etiam coguntur admittere.*

Alterum li. ed. ca. parte q. delicto.

N. IX. *Si vel ipse*) Ex altera edicti parte actio quidem Prætoria in duplum competit, sed illa non est ex quasi delicto, nisi quàdo *operâ hominis, quâ usus est nauta, &c.* res immissa furto ablata, vel damnū in ea datum. Si enim *ipsius nautæ* culpa res perit aut damnum in ea datū, is ex vero delicto tenetur. Hoc rectè adnotat Bach. probatur autem express. text. *d. §. ult. verb. si modo ipsius nullum est maleficium. I. de oblig. quæ ex quas. delict. nasc.*

An actio sit contra hæredes ...

N. X. *Non transit in hæredem*) Distinctiùs hæc explicanda erant. Actio ex quasi contractu, cum merè sit rei persecutoria in hæredem transit, *l. 3. §. pen. h. t.* at quæ ex quasi delicto non item, *l. fin. §. fin. pr. eod.* Nec mutat quod *d. §.* generalis sit, & numeri pluralis, quia & ratio juris & textus apertus *d. l. 3.* & *§. pen.* suadent eum restringendum ad actionem ex quasi delicto.

Prætoria & perpetua.

Quod mirum) Utraque actio ex hoc edicto *Prætoria & perpetua* est, *d. l. f. § f. pr. h.* Nec placet doctrina, verba, *d. §. hoc judicia perpetua sunt*: intelligentium in sensu diviso, *scil. ut perpetuum illud sit, quod ex quasi contractu oritur, at quod ex quasi delicto, non item.* Nam quamvis prætoriæ actiones pœnales regulariter annales sint, tamen hoc fallit in actione furti & aliis cum ea affinitatem habentibus, qualis & nostra, *l. 6. §. fin. arb. furt. cæs. l. 13. de serv. corrupt. pr. Inst. de perpet. & temp. act.* Conf. Bach. *h. in not.* & noviss. D. I. occen. *de jur. marit. & navali l. 3. c. 8. §. 3.* Stypman *de jur. marit. & nautic. p. 4. c. 15. 16.* Herm. Stam. *de serv. pers. c. 16.* nec non Joh. Gryphiander *Oeconomic. legal. l. 1. c. 28. de Hospitatura & caupona acquæstu*; ubi multa utilia & ad h. t. pertinentia congesta videbis.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM,

PARS II. LIB. V.

TITULUS I. C. 3. 1.

De Judiciis, & ubi quisque agere vel conveniri debeat.

1. Continuatio.

A JURIS prudentiæ judiciorumque principiis, in quibus exponendis hactenus commorati sumus, gradum porrò in ipsa deinceps Judicia faciamus: quæ aut Civilia sunt, aut Criminalia, aut Fiscalia sive Extraordinaria: *l. 1. §. pen. de calumn.* civilium porrò alia propriè civilia, alia verò Prætoria.

2. Divisio civilium judiciorū.

In civilibus aut ex obligatione in personam agitur, quæ personalia judicia dicuntur: aut propter rem movemus alicui controversiam, qui nullo ex contractu nobis est obligatus: *1. Inst. de act. l. actionum. 25. inf. eod. tit.* quæ Realia, aut simpliciter Judicia appellantur. Sunt enim multifariam varia, neque ex ulla certa obligatione aut contractu dantur; ut certo speciali nomine designari nequeant.

3. Quare primo loco de vindicationibus agatur.

De his igitur priore loco in hac secunda Digestorum parte tractatio est instituta: cum quia potiora sunt Personalibus, *l. plus cautionis 25. de reg. jur. Jas. in Rub. C. de inof. testam. nu. 2.* potiora autem præmittenda sunt: *§. singulorum. 11. in fin. Inst. de rer. divis. l. 2. de abs. jerebem.* tum quod propriè judicia nominentur nec enim ab obligationibus, ut cætera, sed à merò judicis officio dependent. *Alc. in Rub. si cert. pet.* Quia verò cum realibus judiciis magnam similitudinem cognationemque habent actiones illæ personales, quæ occasione rerum extra ullam conventionem, ex aliquo facto seu delicto leviore, quod criminale judicium nequaquam constituat, sine tractatu pactium enascuntur: ut sic quædam ex his partim in rem directæ existimentur: ideo harum quoque explicatio passim, prout connexio rerum postulabat, est inserta.

4. Dispositio hujus partis.

Itaque judicia, de quibus in hac parte sumus acturi, trium sunt omnino generum, quædam Realia, quas Vindicationes vocant, quibus rem nostram petimus: quædam Personalia, quæ non ex contractu aut scelere, sed facto culpave aliqua gignuntur quædam ex his Mixta: de quibus sigillatim disseremus, si prius generalia quædam præcepta de Judiciis, & ubi quis agere vel conveniri debet, exposuerimus.

5. Quid sit judicium.

Judicium, inquit Asconius, dicitur res, quæ causam litemque determinat. Itaque sic illud definire possumus ut sit legitima controversiæ apud judicem tractatio & dijudicatio, *arg. l. forum 10. de verb. sign.*

6. Partes judicii.

Partes judicii præcipuæ sunt, Litis contestatio, & Sententia, *l. 1. C. de lit. cont. l. judex, 55. de re judic. junc. l. amplius. 23. inf. rem rat. hab.* Nam reliquâ quæ in judiciis versantur, aut præparatoria sunt, ut citatio: *d. l. amplius.* aut Media, ut probationes: aut Posteriora sive consequentia, ut executio. Alii tres partes constituunt, videlicet Litis contestationem, velut principium: deinde intermedium, videlicet Probationes: postremo finem, nempe Sententiam. *Auth. ad hæc, ubi Jas. num. 12. C. de judic.*

7. Litis contestatio quomodo fiat.

Litis contestatio fiebat olim nonnunquam sponsione, *Cic. pro Pub. ... Quinctil. lib. 7.* interdum facta mentio: *Cic. lib. 2. de orat.* plerunque nuda testatione coram testibus, unde & nomen habet. Hodie lis contestari dicitur, quando res agi disceptarique cœpta est per actionem propositam, & responsionem Rei subsecutam, *d. l. 1. C. de lit. cont. c. 1. ubi ... post alios ext. eo tit.* De sententia porrò & re judicata opportunius suo loco disseremus, *ad tit. de re jud.*

8. Species judiciorum.

Judicia ordinaria (ut dictum est) sunt aut Civilia, aut Prætoria, aut Criminalia. Civilia, civili jure & legibus ac offic. mercenario: *judex postea quam 55. d. re judic.* Prætoria viva magistratus voce & authoritate, ac nobili plurimum officio. Criminalia pœnis & imperio expediuntur. Criminalia rursus aut sunt Privata, quæ privatam: aut Publica, quæ publicam vindictam expetunt & persequuntur. De his ordine in Pandectis tractatur, ac primo loco de Civilibus: quæ sunt aut Realia aut personalia, aut ex his Mixta: *§. 1. cum seq. quadam. 11. Inst. de act.* Realia rursum aut Petitoria, aut possessoria, *vide Dd. l. naturaliter. §. nihil. de acqu. poss. & ext. tit. de caus. poss. & propr.* Petitoria aut Universalia, quibus universum corpus multorum diversorum jurium petitur: *Bartol. & Dd. in Rubr. solut. mat. Jas. in ... n. 10. C. de eden. & in Rubr. c. ff. & C. de in. ff. test. gloss. in ... de eden. Cons. in ano. 2. de lib. obs. &c. cum querente 16. de off. aut ord.* Generalia, in quibus de uno quidem jure, sed quod multas habeat species, *spec. de act. ... §. sequitur. Jas. in d. l. 3. Maranta in tract. jud. parte 4. dist. 1. n. 3.* agitur: aut Particularia, quibus una tantum species vindicatur. De his ordine tractari, subsequentes tituli ostendunt.

9. Quæ personæ constituant judicium.

Constituunt judicium, judex, Actor & Reus, *d. c. forus. verb. in omni. & verb. sicut f.* & personæ his adminiculantes: litigantibus quidem Patroni causarum & Procuratores: Judici Assessores, Tabelliones, Scribæ, Actuarii, Apparitores.

10. De judice quis, à quo dari possit.

Judex dictus est à jure dicendo. Judicem autem dare possunt, quibus lege vel constitutione, vel senatusconsulto conceditur, *l. cum prat. 12. h. t.* Judices dari omnes possunt sive patres, sive filiifamil. *d. l. cum prat. in fin. l. in privatis. 77. h. t. l.*

h. t. l. quidam 57. de re jud. qui non prohibentur. Prohibentur autem quidam Natura, ut surdus, mutus, furiosus, impubes: quia hi animi, illi corporis vitio impediti, munus judicandi obire nequeunt, quod aliter in cœco est, *l. cæcus. 6. h. t. Duar. disp. lib. 2. c. 23.* quidam Lege, ut qui senatu motus est, quidam Moribus, ut fœminæ & servi, *d. l. cum prat.*

11. *De actore.*

Actor ab agendo dicitur: estque is qui actionem proponit, & prior ad judicem provocat, *l. in tribus 13 l. qui prior. 29. h. t.* omnes autem agere possunt, quibusdam exceptis: *l. qui accusare. 8. cum ll. seqq. de accus. tot. tit. C. de his qui accus.* præsertim his, qui aut legitimam personam standi in judicio non habent: *C. qui legitim. pers.* aut edicto de postulando excluduntur, *sup. de postul.*

12. *De reo.*

Reus a re cujus causa convenitur, *Cic. lib. 2. de Orat.* & de qua est disceptatio, appellatur: quem etiam fugientem vocant, *l. properandum 13. § 1. C. eod.* possunt autem omnes rei fieri, tam civilibus quam criminalibus actionibus, si paucas excipias, *l. hos accusare 12. de accus.* Illud jure Sax. hac in parte singulare, quod etsi fœminæ agere & conveniri possint, tamen absque tutore litis comparere & postulare prohibeantur, *art. 44. 46. 47 lib. 1. ubi Zobel Chil. in pract. c. 22. D. Reinhar. diff. judic. 40.*

13. *Materia judiciorum.*

Materia judiciorum, sunt Causæ & Lites, quarum nullus neque finis, neque modus est his teterrimis temporibus: quibus refrigerata charitate abundat iniquitas multorum longeque verissimum in nostra jurisdictione & foro experimur esse verum illud: Θέμιν Θέμιδι ἰσοῦται, ἐν βλάβαις βλάβη. Callistratus *l. 5. de var. & extr. cogn.* ait: Cognitionum numerum ex variis causis descendere, nec in genera proinde facilè dividi posse: ad quatuor tamen genera ferè rediri: quod aut de Muneribus & honoribus agatur, aut de re pecuniaria, aut de Existimatione (quæ qualibet causa pecuniaria gravior est. *l. si in duab. 104 de reg. jur. l. Julianus 16. si quis omiss. caus. testam. l. infam. 8 C. de decur. lib. 10 ubi notant, graviorem esse famæ quàm oculi amissionem.*) aut de Capitali crimine quæratur. Etsi verò Callistratus de extraordinariis cognitionibus, quæ speciali lege constituuntur, agat: tamen etiam Ordinaria judicia subjectum habere pecuniam, vel crimina, vel his affinia, palam est. *Cic. pro Cæcinna.* Illud etiam teneatur, neminem in sua causa jus dicere vel judicare, *tot. tit. C. ne quis in sua caus. l. qui jurisd. 10. de jurisdict.* In suorum causa jus dicere non posse. *d. l. qui jurisdictionem.* eoque nec judicem in Publica ac capitali vel Status causa esse posse, hæc enim jurisdictionis sunt, *l. 2. de officio ejus, l. 4. 6. de off. procons. l. non distinguemus, 32. §. de liberali 6. de recept. arb.* In privatis causis judicem esse suis posse, *l. in privatis 77. h. t.* (quanquam non sibi) quia cogitur, *l. pen. de vacat. mun.* cum publicum sit officium: *l. quippe. 78. h. t.* coacto autem non æquè adhæret suspicio, *l. tutori, 20. C. de neg. gest.* ut se ingerenti: *l. quæ omnia 25. de proc.* denique quoniam etiam consentientibus vel petentibus datur, *vide Duar. disp. lib. 1. c. 51.*

14. *Forma veterum & nova.*

De impetratione, forma & ordine veterum judiciorum, nihil attinet dicere, formulis & impetrationibus jam sublatis. Nam olim quidem, ut omnia ordine & rectè procederent, & ne temerè sineque causa quis ad jurgia & lites convolaret, impetrandum erat a Prætore judicium: qui actori postulatam a se actionem impertiebatur, & formulam agendi disceptandique pedaneo judici & litigatoribus præscribebat. Quæ postea Constant. antiquavit, *l. 1. 2. C. de formul.* Hodie hic ferè ordo servatur. Appellato judice reo offertur libellus, qui acceptis ad deliberandum judiciis velit contendere nec ne: postquam contendendum putavit, negando affirmandove intentionem, exceptionibusque propositis, litem contestatur: exceptiones actor replicatione diluit, hanc reus duplicando, atque ita deinceps, *l. 2. l. fin. de except. vide Instit. de replic.* donec omnibus allegationibus propositis, & iis quæ in facto consistunt probatis cognitisque causa conclusa, judicibusque commissa, tandem sententia definitur: quam judex exequendam curat legitimo tempore, nisi fuerit appellatum. *Auth. offeratur, C. de lit. cont. d. l. properandum, 13. C. eod. c. quoniam contra de probat. l. à divo Pio. 15. de re jud. l. 2. & 3. C. de usur. rei jud.* Quod si reus ad judicium peremptoriis edictis vocatus, copiam sui non faciat, judex in bonorum ejus aut rei litigiosæ possessionem mittere actorem consuevit: *l. hæres absens. 19 §. 1. l. de uno. 26. h. t. c. Romana, §. contrahentes. de for. comp. in 6. l. 2. C. ubi in rem act.* ut aut respondere, aut rerum suarum possessione careto reus cogatur *l. consentaneum, 8. ubi Dd. C. quomodo & quan. jud. d. l. 2. l. si quis emptionis, 8. Cod. de præs. 30. ann. tot. tit. extr. de eo qui mit. in poss. & tit. de dol. & cont.* quanquam variè etiam aliis modis coerceri potest, *Dd. in l. 1. fin. si quis jus e dic. non ob. in l. 5. h. t. in l. 2. si quis in jus voc. non ier.* Nam inter adum nulla habita litigatoris per contumaciam absentis ratione, de causa cognoscit judex & pronunciat: *l. in peremptorio, 73 h. tit. d. l. properandum, §. 5. C. eod.* quod maximè post litem jam contestatam fieri solenne est, *not. in l. fin. § illud C. de temp. app.* nam sine litis contestatione, non facile ad sententiam est perveniendum, *tot. tit. extr. ut lit. non con. vide Chilan prac. c. 36.* At jure Sax. contumax reus citra discrimen pro confesso est, & actori condemnatur: id quod olim quoque obtinuisse suprà diximus; *ad tit. de in jus vocan. per l. divus de rest. in integr. cum simil.* contraque actore contumace, reus ab instantia judicii absolvitur, *Chilian pract. loco c. 36. & 37.*

15. *Finis & effectus.*

Finis judiciorum, ut quisque præsidium juris sui habeat publicum, *l. 4. C. de his qui ad Eccles. confug.* atque jus suum judicio consequatur publico, *§. 1. Instit. de act.* non suo privato. *l. nullus 14. C. de Jud.* litesque terminentur authoritate magistratus, *l. 5. de re judic. c. 1 eod. lib. 6. l. properandum, C. de jud. l. 4. C. de his qui ad Eccles. confug. l. unic. C. quand. lic. unic. l. nullus 13. C. de Juda.* quæ privatim componi non possunt. Cicero pro Cecinna ait, omnia judicia aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum maleficiorum causa reperta esse. Effectus, quod judicium redditur in invitum, *l. inter 83. §. 1. de verb. oblig.* perpetuat actiones, *l. unic. C. ex del. def.* interrumpit præscriptionem, *l. fin. C. de præsc. 30. annor. vide inf. de usucap.* constituit in mala fide possessorem, *l. nemo, C. de adquir. poss. l. 2. l. autem. C. de præsc. longi temp. de quo vide inf. ad t. de usucap.* quasi ex contractu obligat, *l. 3. §. idem scribit de pecul.* nullius jus deterius, sed firmius efficit, *l. nemo 87. l. non solet 87. de reg. jur. l. ab eo 29. de nov.* quatenus scilicet jus est: nam hoc solum in judiciis redditur, & contra omnem injuriam propugnatur, *l. nullus 14. C. de Juda.* Affinia sunt arbitria, *l. 1 sup. de recept. arbit.* Contraria, mutatio judicis, *l. judex 46. h. t.* renovatio expressa, *l. cum prat. 12. in princ. h. t.* tacita, *l. 4. 5. de jurisdict. ubi Dd.* sordes, munera, *l. 1. 2. & 3. C. de pœn. jud. qui male jud. l. penult. C si cert. pet. §. pen. in Auth. ut jud. sine quoquo suff.* inæqualitas & similes judiciorum pestes. Remittit etiam judicandi necessitatem morbus sonticus, *l. judex 46. h. t.* finit judicium sententia, *l. judex posteaquam 55. de re judica.* Præscriptio, *l. properandum. 13. C. de jud. l. ult. C. de præsc. 30. annor.*

16. *Ubi quis agere vel conveniri debeat: & quot modis forum sortiatur.*

Quod ad secundam hujus tituli partem attinet, ubi quisque agere aut conveniri debeat: sic idem est actorem sequi forum rei: *l. 2. C. de jur. omn. jud. l. fi. C. ubi in rem act.* hunc autem jurisdictioni obnoxium fieri quatuor præcipuè ex causis, *c. fi. de for. comp.* domicilio: *l. 2. §. legatis. 3. § legatis. 3. § sed etsi 6 h. t.* contractu, *l. hæres 19. §. 1. & 2 h. t.* delicto, *l. omnem 20 l. argentarium. 45. hoc titulo* (ob quod tamen hodie, transmissionibus quippe non admodum frequentatis, plerunque ibi nocentes puniuntur, & sortiuntur forum, ubi reperiuntur maximè vagabundi, *unde gloss. & Dd. in l. 1. C. ubi de crimin. Bart. in l. ult. de furt. & in l. si abducta 19. C. eod. tit. Landsr. in cap. quoniam verò confessiones, num 12. de probat. Gand. in tract. de fur. pun. num. 5. & tit. ubi del. pun. Ferrar. in for. inquis.*) & re qua de agitur (eo enim in territorio defendi debet, in quo res sita est, *l. quod legatur 38. h. t. l. fi. C. ubi in rem act.*) nonnunquam etiam ex aliis: *l. si uxor. 42. & si exigere 65 hoc tit.* ut si spontè se alienæ jurisdictioni litigatores submittant, *l. 1. 2. 51. 74.* Quod si quis pluribus locis forum sortiatur, in electione est actoris, ubi velit agere: *d. l. hæres. §. fin. l. 3. de eo quod cert. loc.* neque reus declinare poterit, nisi sit legatus, aut aliam justam habeat recusandi judicis causam, *l. 2. §. legatis cum seq. l. 5. 7. 8. 23. 24. 16. 27. 36. 39 40 h. t.* Extra tamen domo citatus, & in loco contractus, aliove competente, causam dicere non cogitur, nisi citato eum ibi apprehenderit. *vide Dd. l. hæres absens, h. t. per illum text.* Cæterùm qui cum remissioni maximè in contractibus non sit locus, declinare forum, quamvis competens, potest: *c. Romana § contrahentes, de for. comp. in 6.* utique domicilii privilegio, *l. plerumque 18. de in jus vocan.* ne invitus inde ad aliud forum, maximè extra provinciam extrahatur: *Novell. 53 de exh. & intro. reis, vide Dd. l. 3. de off. præs. Clem. .. de jud.* maximè cum ante judicium & tempore citationis, necdum constet plerunque an alioi forum ex contractu, qui tum nondum apparet, nec probatus est, sortiatur, ut comparere cogatur.

(:†:)

OBSERVATA.

Ratio connexionis examinata contra Bachovium.

N. I. *In ipsa deinceps judicia*) Quæ ab initio per quatuor numeros habet Wes. ad connexionem seqq. pertinent, ubi Bach. adnotat, *perfectam esse & sufficere divisionem in judicia civilia & criminalia, extraordinaria enim ipsa vel esse civilia vel criminalia: vitiosam itemque homonymiam, dum judicia civilia dividuntur in proprie talia & Prætoria, & Dd. ita dispescentes judicium non respicere causam efficientem, sed objectum.* Verùm 1. extraordinaria quidem judicia, de quibus Prætor ipse cognoscebat, aliquando civilia erant, aliquando & criminalia, *sec. l. 5. de var. & extraordin. cognit.* Sed & non rarò erant de causis publicis, ut de muneribus & honoribus, *d. l. 5.* At jus fisci & fiscalia judicia, cum ceteris quæ in fine lib. 1. ff. habentur, rectiùs arcentur à causis privatorum, & ad judicia de causis publicis referuntur. 2. Perfecta quidem est divisio judic. in civilia & criminalia ab objecto desumpta, sed non sufficiens titulis Digestorum connectendis, cum in parte II. III. IV. & V. prius agatur de civilibus, talibus ratione causæ efficientis, & de Prætoriis in p. VI. in p. verò VII. de criminalibus ratione objecti ita dictis. Unde patet JCtos judicium civile dicere non modò à materia & ut ipsi criminale opponitur, sed & ratione causæ efficientis, ut oppositum habet judicium Prætorium: vid. §. 3. *I. de Action. l. 25. §. 2. l. 42. §. 1. de O. & A.* Hac ratione expeditior connexio est, si dicatur, judicia ipsa vel esse *de causis privatis*, vel *de publicis*, *l. 1. §. pen. de calumniat. arg. l. 13. C. de judic.* De illis agitur à lib. V. usque ad lib. XLIX. t. 14. & sunt (1) vel primæ instantiæ, vel appellationis. (2) vel civilia (ratione objecti de causis civilibus) vel Criminalia. Illa iterùm vel Civilia in specie sic dicta (ratione causæ efficientis) vel Prætoria: & eadem civilia vel realia, mixta, & realibus finitima, vel personalia. Ad causas publicas spectant, quibus de agitur à d. t. 14. lib. XLIX. ad finem, quæ Autor hic vocat extraordinaria & fiscalia judicia.

Judicia sunt vel de causis priv. vel publicis.

Civilia in specie rectè sunt vel realia vel personalia.

N. II. *In civilibus*) Civilia in specie sic dicta rectè A. subdividit in Personalia & Realia; quamvis enim & Prætoria judicia in rem sint & in personam, indeque Bachov. *h.* putet hanc subdivisionem non posse defendi; tamen id nil impedit, quia præterquam quod hoc exindè non negatur, cum in p. 6. & de Prætoriis realibus & personalibus agatur, etiam sufficit ista subdivisio civilium hic.

Judicia realia potiora & fortiora personalibus.

Examinantur rationes Autoris,

N. III. *Cum quia potiora sunt personalibus*) Verùm utraque ratio claudicat, imò posterior planè nulla est. Et potiora enim esse judicia realia *ex l. 25. de R. I.* probari nequit, cum ibi non agatur de differentia actionis realis & personalis, ut falsò sentiunt Dd. nonnulli, sed saltem dicatur, quod melius sit, quod quis rem teneat ac possideat; quàm quod in personam agat, cum expediat potiùs pignori incumbere quàm in personam agere. Vid. Cagnol. *in d. l. 25. pr. de R. I.* Apertè itidem falsum est, pendere judicia realia à mero judicis officio; quamvis enim non sint ex obligatione, tamen sunt ex jure in re constituto; & ideò in his judex non minùs propositæ actioni inservire tenetur. Interim tamen *Sententia Autoris vera est, actiones reales fortiores & potiores esse personalibus 1. arg. l. 1. §. 1. vers. quia de superfic. l. 9. C. qui pot. in pignor.* 2. ob finem, causam & effectum, quem jus in re præ jure ad rem nobiliorem habet, ut latiùs ostendimus dissert. nostra *de jur. rer. concl. 11. n. 16.* Addi potest Jason. *in rubr. de inoff. test. n. 2.*

In lib. IX. Dig. sunt judicia personalia realibus finitima.

Cæterùm porrò explicaturus A. connexionem lib. IX. ait, ibi connecti actiones personales cum realibus affinitatem habentes, ut sunt 1. actio si quadrup. paup. fec. dic. 2. dejecti & effusi. 3. Actio noxalis: quod improbat admodum Bach. *in not.* miseret me Wesenbecii, inquiens, qui dum ordinem Pand. defendere conatur, his sese ineptius involvit. Verùm *non injuriâ dixeris, ipsum Bachov. in ejusmodi refutandis longè ineptiorem sese ostendere, & magis agere verborum captatorem. Quamvis enim prædicta judicia fortè non rectè dicantur occasione rerum enasci: tamen effectum illum insignem realium, qui est dari adversus possessores participant. quid ergò vetat ea exindè vocare realia sec. quid s. realibus finitima? Neque rationes Bachovii tanti sunt ut singulari refutatione indigeant.*

Contra Bachov.

Quæ jus dicantur realia.

N. IV. *Quædam realia*) Judicia realia *propriè* dicuntur, quæ 1. descendunt ex *jure in re*, & 2. dantur adversus *possessorem* quemcunque, *l. 25. de O. & A. §. 1. & seqq. I. de act.* quæ duæ notæ actionis in rem, etiam per inductionem facilè demonstrantur (vid. Giphan. *in d. l. 25. l. 10. §. 1. de hær. pet. §. 2. & seqq. de act.*) ita tamen ut prior substantialis sit, altera naturalis; *Giphan. d. l.* Unde perquam est absurdum, quod Filliuc. *op. Theol. tom. 2. tr. 33. c. 6. n. 101.* dicit, actionem realem alio nomine vocari jus in re, personalem verò jus ad rem. Quamvis enim quicunque ejusmodi jura habet, etiam potestatem in judicio persequendi quod sibi debetur habeat; veruntamen id non est nisi effectivè & virtualiter, non verò formaliter & priori, *l. 29. de R. I.* Jus in re (in vernacula ein dinglich Recht/ dinglich Gerechtigkeit/ Belgis Beheering. vid. Grot. 2. *manud. 1. l. 19. de damn. inf. l. 11. 13. §. 1. eod. l. 30. de nox. act. c. si tibi. c. quodam de preb. in 6. c. ult. de concess. preb. in 6.*) est potestas *circa rem constituta, rem ipsam afficiens,* sec. Gloss. *in c. capitulo. verbo affectum. de concess. preb.* Et quintuplex est, hæreditas seu jus hæreditarium, dominium in specie sic dictum, servitus, pignus & possessio. Videsis accuratissimè hæc examinata d. dissertatione nostra *de jure rerum noviss. edit. concl. 13. 14. & seqq.* nec non contra Jacobum Bornium, eandem nequicquam oppugnantem, scriptas in hac Julia nostra, & Academia Jenensi ac Lipsiensi Vindicias, anno 1662. ex quibus certissima dictarum actionum principia huc omninò sunt referenda. Illud etiam addimus non placere, quod Grot. *d. c. 1.* jus in rem distinguit in jus possessionis, Besitrecht/ & jus dominii vel q. quod Eigenthom vocat, eaque voce reliqua in re jura comprehendit. Quod sequi videtur Petrus Gudelinus, & novissimè D. Vinnius *comm. Inst. de Rer. Divis.* Juri enim Romano unde hæc petenda, non conveniunt; & potest esse jus in re absque dominio & absque possessione. Johann. de Lugo *de I. & I. disp. 2. sect. 1.* non malè quidem dicit, jus ad rem non habere obligatam & devinctam rem, sed solùm personam, jus in re habere devinctam & obligatam ipsam rem; atque ideo illum qui habet jus in re, posse eam ubicunque fuerit vindicare sibi, quia semper transeat cum illo onere & obligatione. Verùm obligatio minùs propriè tribuitur etiam rebus, sed personarum propria est, *pr. de oblig.* Multò minùs sufficiunt species juris in re ab eodem assignatæ, dominium, usus, usufructus & possessio; quia servitus realis & hæreditas nullo jure excluduntur. Illud non possum non hic meminisse, quod post Thomam Trevisan. *de sponsal. presul. 7. n. 11* Petrus Franc. Linglois *ad 50. decis. decis. 12. q. 1. n. 1. minùs* mihi propriè dicit, & *maritum erga uxorem* habere jus in re, *sponsum erga sponsam* jus ad rem. Licet enim contracto matrimonio exinde jus sit in uxorem comparatum, sponsalibus celebratis jus ad eam ex obligatione habeatur. Præstat tamen non confundere propre-

Quod quintuplex sit jus in re.

Grot.

Gudelini.

Joan. de Lugo.

An jus in re habeatur contra uxorem.

An jus in re habeatur erga uxorem.

propterea personas & res, jus item personarum & jus rerum, quæ Justinianus non modò distinctas voluit, verùm etiam jure naturali separatam rationem habent, ut notavimus suprà *de stat. hom. n.* 1. Et parùm subtiliter dicitur *uxoris esse dominum, eamque à marito vindicari.* Per rei vindicationem enim liberæ personæ, quæ sui juris nostri, utpotè liberi qui in potestate, non petuntur, sed præjudiciis aut interdictis, aut cognitione prætoria, ceu refert ex Pomponii libro 37. Ulpianus *l.* 1. §. 2. *de R. V. c. illud.* 11. *de præsumt.* At in uxore eadem ratio. Et nil vetat dicere, jus personarum h. e. quod circa personam, aliud esse *in persona* (jam constitutum) aliud ad personã. (quod *ad personam* habetur,) exemplo ejus qui passus se venundari, prout traditus est ex empto vel non traditus, sponsæ, & ejus quæ uxor facta thuro jugali. Conf. not. *infr. de sponsal. n.* 7. Contra

Quæ judicia personalia.

Personalia judicia *propriè* dicuntur, quæ 1. ex jure ad rem oriuntur, & 2. dantur tantum adversus personam obligatam, *d. l.* 25. *de O & A.* §. 1. *I. de Act.* Ex quibus prius *eiidem substantiale. Giph. d. l.* 25. Cujusmodi etiam sunt tria illa judicia in lib. IX. quæ non ex contractu aut delicto, sed ex facto & culpa gignuntur, quæ tamen effectum realium participant. Jus ad rem pro-

Quid jus ad rem.

priè differt ab obligatione, ut status à jure personarum, quo de supra *de stat. hom. d. n.* 1. Definiri potest *potestas in obligatione consistens, ad rei præstationem, l.* 3. *de oblig. & act.* Germanis Schuld / Belgis Inschuld / juxta Grot. *d. c.* 1. Estque illa obligatio vel immediata, ex lege, *l.* 1. *de O. & A.* vel mediata. Et hæc vel ex consensu vel ex delicto, *τῶν συναλλαγμάτων ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων,* 6. *Eth* 5. Mixta

Quæ mixta judicia.

porrò judicia dicuntur quadrupliciter, ratione *objecti*, unde actio rei persecutoria, pœnalis vel mixta §. 19. & 16. *Instit. de Act.* 2. ratione *modi procedendi*, ubi uterque actoris partes sustinet, *l.* 39. §. 1. *de O. & A.* 3. ratione *causæ efficientis*, quod actio *partim* sit ex *jure in re*, & *partim ex jure ad rem* quo sensu actio dicitur realis, personalis & mixta, §. 20. *I de Action.* 4. Denique ratione *effectus*, quæ effectum realium (eo ipso quod contra possessores dantur,) participant, cujusmodi actiones *in rem scriptæ*, quod metus causâ &c. it. actio de pauperie, dejecti & effusi, noxalis, ad exhibendum, aquæ pluviæ arcendæ &c. Hic autem mixtæ intelliguntur ratione causæ efficientis, cujusmodi sunt lib. X. actio finium reg. comm. divid. famil. ercisc. & *h. lib.* petitio hæreditatis, *d.* §. 20. *junct. l.* 3. *C. de petit. hæredit.*

Judicii nunc potest. gener.

N. V. *Legitima controversia*) Supponendum hîc est ex principiis politicis; tum quod Judicium sit verum ac vivum juris ac justitiæ exercitium, nec particularis modò, verùm & universalis; tum quod in eo exercendo & Leges & Magistratus officium concurrant. Etenim ad justitiam in Remp. inducendam, & Legibus opus est, ad civitatem certo jure fundandam, & Magistratibus ad leges executioni mandandas, *arg. l.* 7. §. 1. *de I. & I.* Utrique ergo judicia accommodata sunt, per hæc enim, ut dixi, *Magistratus legum jussa* exequuntur. Cæterùm dici quoque potest judicium legitima causæ tractatio, coram judice à litigantibus in-

Quid sit.

stituta, ut ejus sententia lis finiatur, *arg. c. forus, de V. S. l.* 1. & 2. *de re judic.* Aristoteli judex dicitur *φύλαξ τοῦ δικαίου καὶ ἴσου* 5. *Eth.* 10. & Judicium, (quod omnium

Quid sec. Aristot.

in civitate summè necessarium, pro utilitate & justitia contrahentium 7. *Pol.* 8. *junct.* 2. *Reth.* 1. ut etiam *justè* in Rep. vivatur.) Eidem est *κρίσις τοῦ δικαίου καὶ ἀδίκου*, justi & injusti dijudicatio, *d.* 5. *Eth.* 10. Justum autem & injustum cum latiùs se diffundat, judicium quoque ejusmodi esse nequit. Unde Callistratus *l.* 5. *de var. & extr. cogn.* in judiciis dicit, agi aut de *muneribus & honoribus*, aut de *re pecuniaria*, aut de *existimatione*, aut de capitali crimine: Cic. *pro Cæcin.* omnia judicia aut distrahendarum controversiarũ, aut puniendorum maleficiorum causâ recepta esse, h. e. forensia negocia esse vel civilia, vel criminalia. Latiùs

Ejus octo genera explicata.

adhuc recenset octo judiciorum genera (quatuor de publicis, & quatuor de privatis) quamvis diversarum Rerump. Aristoteles 4. *pol. ult.* I. *de rationibus reposcendis s. pecuniis repetundis.* Cujusmodi Romanis fuit de illis, qui in administratione officii publici constituti, pecuniam acceperunt, ut officium impertirentur, aut ut contra officium facerent, *l.* 3. *l.* 4. *ad L. Jul. repet.* Quod crimen vindicabatur lege Calphurniâ, Aciliâ, Serviliâ, Liviâ, in primis Juliâ à C. Julio Cæsare, §. 11. *de publ. judic.* II. *de bonis publicis.* v. c. si qui publicam pecuniam furati sint, quod punit L. Julia peculatus. §. 9. *de publ. judic.* III. *de crimine contra statum s. læsa Majestatis*, quando quis contra Remp. quibuscunque modis, aliquid dolosè molitur. Exempla sunt *in l.* 1. & *seqq. ad L. Jul. Maj.* IV. *de mulctis & pœnis magistratuum in privatos iniquis* ex quo convenire illi possunt coràm superiori interdum injuriatum, *l.* 32. *de injur.* V. *περὶ τῶν ἰδίων συναλλαγμάτων de contractibus aliisque causis privatorum, magna stamen*, de nuptiis, testamentis, tutelis, & similibus. Quo referri possunt quæ & *συναλλαγμάτων ἀκουσίων* 5. *Eth.* 5. h. e. ex delictis. VI. de *homicidio.* Quo nomine apud Athenienses celebrabantur IV. in-

Quatuor crimi. judic. Athen.

signia judicia criminalia. I. Areopagus, de homicidio ex proæresi. II. Palladium, de homicidio casuali. III. Delphinium, de eo, an jure facta sit cædes. IV. Phreattium, de cæde iterata; confer Joach. Stephani *de jurisdict. Græc. l.* 2. *c.* 8. *n.* 13. 14. 15. 16. 17. VII. *de peregrinitate*; cujusmodi olim Romanis fuit Prætoris peregrini, hodie multis in locis das Gastgericht / Gastrecht. VIII. de *parvis contractibus.* Ex Milesiu autoritate apud eundem Arist. 2. *pol.* 8. judicia dicuntur esse de injuria, de damno, & cæde. Cæterum quamvis Romani eodem planè modo judicia non diviserint, res ipsa tamen illis ferè eadem fuit.

Litis contestatio alia affirm. alia negativa.

N. VII. *Hodie lis contestari dicitur*) Litis contestationem *olim tantùm testato factam esse, non verò sponsione aut juramento, licèt partes aliquando ita se provocaverint, rectè docet Bach. h.* Formulâ enim conceptâ & judice dato pedaneo, litigantes abituri à Prætore, mutuò sibi & testatò denunciabant, ut in diem perendinum se apud datum judicem sisterent, & ita dicebatur fieri litis contestatio, judicii commissio, constitutio. Hodie illa fit rei ad actionem propositum responsione, *l.* 14. §. 1. *C. h. t.* & definiri potest, *negotii principalis narratio, apud competentem judicem, cum petitione instituta*, data ad eam responsione judiciali, animo litem contestandi, (ut judicium committatur, constituitur) *arg. l. un. C. de lit. cont.* Dividitur inter alia in *affirmativam & negativam*; Et quin à parte actoris af-

Etiam quoad reum contra Bachov.

firmativa sit litis contestatio indubium est, sed de reo id negat Bach. *ad Tr. disp.* 12. *th.* 2. *C.* 1. *quod propter objectionem exceptionis affirmativa non videatur induci litis contestatio,* 2. *quod pugna & contradictio esse debeat inter actorem & reum, qua non fiat objectâ exceptione.* Verùm contrarium rectè statuit Sichard. *ad l. un. C. de lit. contest.* Gœddæ. *ad l.* 36. *de V. S.* & Dd. comm. Nam 1. litis contestatio fit per narrationem negotii utrinque factam, *d. l. un. l.* 1. *C. de jur. propt. cal.* Jam verò reus id narrans, vel *simpliciter negat* se debere aut actori jus esse, & negotium dicitur litis contestatio negativa, estque contradictio: aut *hoc non negat sed affirmat*, & vel simpliciter confitendo, vel non confitendo simpliciter, sed allegat transactionem aut pactum esse interpositum, vel subsecutam solutionem, &c. & tum affirmativè litem contestatur, *arg. l.* 9. & *l.* 8. *C. de except. d. l.* 1. *C. de jurejur. propt. calumn. dand.* 2. facit huc *l.* 11. *de judic.* Ad Argumentum Bach. primùm respondetur, *utique per oppositam exceptionem adversus negotium princi-*

*pa*i*e affirmativā fieri litis contestationē, arg. d. l. un. C. de lit. contest. licet qui ita excipit, etiam neget petita actoris fieri debere, cum exceptio sit actionis competentis exclusio, l. 2. de except. Ad Secundum* reponitur, *contradictionem & pugnam subesse inter Actoris & rei petitionem; si simpliciter seu directò negetur actio, directam. si sub conditione, implicitam. Neque tamen id semper opus esse, arg. d. l. un. quia quando reus simpliciter affirmat, non minus est judicium, adeoque subest litis contestatio.* Nec impedit quod Bachov. in not. *ad n.* 14. ait, se non dubitare, quin hoc prorsùs falsum sit, affirmatione intellectâ simpliciter, quod contradictio requiratur, *l.* 14. §. 1. C. *h.* Nam *forma lit. contest. est in narratione negotii principalis, & rei ad id facta responsione, d. l. 2. junct. l. un. C. de lit. contest. Atqui reus vel simpliciter affirmans actionem propositam, dicitur respondere ad narrata actoris. E. etiam tunc est litis contestatio. Nisi quis diceres tunc judicium esse sine litis contestatione. Quod si reus sub conditione affirmet actoris intentionem, pacto v. c. allegato, tum nihilominus adest affirmativa litis contestatio, negativam implicitam habens. Reus enim haud negat simpliciter,* sagt nicht daß er der Klag nicht geständig/ *sed negat prout narratur & petitur,* ist der Klag inmassen die vorbracht nicht geständig. *Et in d. l. 14. §. 1. C. h. t. mentio saltem fit unius modi, quo sc. negando vel affirmando sub conditione in modum contradictionis fit litis contestatio; cui & affirmativa simplex ex textib. generalibus d. l. 2. C. de jurejur. propt. cal. & l. un. C. de lit contest.* est addenda. *Confundit quoque Bach. cum lit. cont. replicationem actoris negantis v. c. pacti exceptionem.* Lucem quoq. hæc capient ex singulari capite *de lit. contestatione, an & quatenus pro statu causæ sit habenda,* nostri discursus de statibus legum causarumque judicialium, mox edendi.

Civilia judicia quomodo expediantur.

N. VIII. *Civilia civili jure*) Verùm juris principiis vix convenit, quod 1. civilia judicia jure & legibus expediantur, & id fiat officio judicis mercenario, 2. in prætoriis vivâ magistratus voce & nobili officio. Nam & criminalia judicia jure & legibus expediuntur, *arg. t. t. ad L. Jul. Majest. L. Jul. de Adult. t. t. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. & seqq.* Neque civilia solùm mercenario officio & instituta actione perficiuntur semper, sed & quandoque ex officio nobili, *arg. l. 4. §. 4. de damn. infect.* idemque & prætoriis commune est.

Civile & crim. judicium dicitur tribus modis.

Cæterùm quid sit judicium civile & criminale, non convenit inter Dd. (1) strictiùs dicitur civile judicium *ratione objecti,* quod est de causis seu negotiis civilibus, ex jure in re & jure ad rem seu obligatione; extra tamen illam, quæ ex delictis oritur: cui opponitur criminale, quod ex obligatione ex delictis, adeoque de causis criminalibus: quomodo hic sumitur, & est vel privatum vel publicum, h. e. de delictis privatis vel publicis, de quibus in lib. XLVII. & XLVIII. (2) Ratione *intentionis & finis,* quomodò civile, in quo agitur ad privatum commodum & interesse pecuniarium; Criminale, quoad vindictam publicam, puta vel ad pœnam corporis inflictivam, vel pecuniariam, sed fisco inferendam, *arg. §. 10. I. de injur. junct. l. f. de injur. l. ult. de furt.* Conf. Camill. Borell. *summ. dec. p. t. 1. 42. n. 11.* Sigism. Scacc. *de jud. lib. 1. c. 6.* (3) *ratione causæ efficientis.* Et hoc modo civile est judicium (1) latè, ratione approbationis, quomodò & Prætoria judicia civilia sunt, *arg. l. 7. de I. & I.* (2) strictè, ratione introductionis; quomodo civilia judicia, quæ ex legibus, Senatusconsultis, Plebiscitis descendunt, *arg. d. l. 6.* Prætoria verò, quæ ex jurisdictione Prætoris, vel ratione introductionis vel extensionis, §. 3. *I. de Action. l. 25. §. 2. de O. & A.* Et hæc non distinguens Bachov. *in not. h.* malè *in versic. nec vitiosa minus.* improbat. Wesenb. *h. loc.* subjiciens circa finem: *hæc defendat qui potest.* Suis enim illa constare principiis nullus dubito. Conf. not. *supr. n. 1. 2. & 3.* In Cam. Imp. judicium criminale dicitur, quod pœnam corporalem annexam habet, so Leibs Straff auff sich trägt. de quo vid. Besold. *de process. judic. c. 2. th. 1. in fin. annex. post thesaur. pract.*

Quid judicium petitorium. Unde æstimetur.

Porrò *Petitorium* judicium est, ubi *ex dominio vel alio jure in re agitur, arg. l. 36. de R. V.* Æstimatur hoc ex duobus 1. *objecto*; quod res petatur; unde qui petitorium vult instituere, requirere debet, an is eum quo vult agere, rem possideat, *d. l. 36.* 2. *causâ petendi,* quæ hic est omne jus in re, exceptâ possessione. Hinc petitorium judicium non modò est rei vindicatio, sed & hypothecaria, Publiciana, & aliæ reales, quæ ex jure aliquo in re præter possessionem sunt, & contra possessorem competunt. Et quamvis etiam in petitorio agatur de possessione, *arg. l. 10. l. 17. 20. & pass. de R. V.* tamen hoc saltem incidenter fit, non principaliter.

Quid possessorium.

Contra *Possessorium* judicium est, quod intenditur *de possessione,* sive adipiscendâ, retinenda, vel recuperanda, *per l. 14. §. fin. de except. rei judic. junct. Gl. in l. fin. C. quis legit. pers.* Besold. *d. tract. th. 3.*

Hæc divisio est saltem judic. realium, non personalium.

Dissentiunt nonnulli, divisionem hanc etiam personalibus actionibus accommodantes 1. quod interdicta quædam personalia sint. 2. quod & in personalibus impropriè petitio sit. Verùm Resp. ad (1) interdicta dici possessoria non quà personalia, sed quà in illis possessio vertitur, *d. l. 14. §. fin. de except. rei judic.* quod de personalibus quà talibus prædicari nequit. Ad (2) respondent ipsi dissentientes, peti quid in actione personali impropriè, *arg. §. 1. I. de A.* petitionis enim vox licet generalis sit, in specie tamen prædicatur de reali actione, *l. 178. §. 2. de V. S.* Add. tamen Frid. *de interd. c. 1. n. 72. & seqq.*

Judicium & vindicta est magistratus.

N. XV. *Non suo privato*) Lites enim per magistratum, judicem, publicè ad id constitutum decidi debent, vid. Arist. 6. *Pol.* 8. 1. *Reth.* 1. eoque tendunt pœnæ eorum, qui propriâ sibi authoritate jus dicunt, *l. 13. quod met. caus. l. 7. C. und. vi. l. 7. C. ad L. Jul. de vi publ.* Atque hoc verum esse de jur. civ. planè indubium est, propter textus disertos *in l. 14. C. de judic. l. 35. §. 5. ad L. Jul. de adult. l. 9. C. de O. & A. 2. F. 33. O. C. p. 2. t. 9. 10.* Ern. Cothm. 2. *resp.* 58. *n.* 95. De jure nat. id negat Grot. *de I. p. & b.* 2. c. 20. statuens vindictam privatam haud esse illicitam. Contrarium verò rectiùs docet post Sot. Valentiam & alios Molina *de I. & I. tr. 12. disp. 22. tom. 1. & tr. 3. disp. 6. n. 1. tom. 2.*

Etiam jure naturali.

Vindicta enim & punitio sontium natura est ejus qui præest, non subjecti; vid. Arist. *d. loc. & 4. pol. ult.* at privati in societate civili subjecti sunt. Ideoque nulla ipsorum vindicta est. Cæterùm aliquando seipsum vindicare pro illicito non est, *l. un. C. quand. lic. unic. sine jud.* 1. propter injuriam continuò propellendam, quod fit retortione juris iniqui, aut injuriarum. 2. propter urgentem necessitatem, pro defensione salutis publicæ vel privatæ, 3. aliquando propter jus conjugalis vel dominicæ potestatis, *l. 24. pr. ad L. Jul. de adult. l. 4. C. eod. t. t. C. de emend. servor. l. 6. §. 3. de sen. silan. & c.* Idque extra ordinem.

Actor sequitur forum rei, excepta actione ex l. diffamari.

N. XVI. *Actorem sequi forum rei*) Excipitur ab hac regula inter alia *judicium diffamationis,* nam diffamatus licet reus sit (ratione causæ principalis, si contra ipsum proponatur) privilegium habet impetrandi citationem *ex l. diffamari, C. de ingen. manu.* in suo foro adversùs diffamatorem, ut veniat in hoc & diffamationem probet: vel sustineat perpetui silentii impositionem. Dico in judicio diffamationis, nam in hoc diffamatus producit implorationem officii judicis pro impetranda citatione, atque ita dum provocat, actor est. In judicio verò principali actor est ipse diffamator, cum & diffamando provocet, & proponere teneatur causam principalem, ideoque

debeat

debeat probare. Gail. 1. *obs.* 9. *& seqq.* Besold. *d. tr. th.* 5. *lit. gg.* Licet itaque videatur in causa diffamationis inverti regula prædicta, tamen hoc verum non est quoad causam principalem: in hac enim diffamans actor est & diffamatus, reus. Ille ergò & hic hujus forum sequitur. Neque hactenus quid novi est. Etsi verò diffamatus, in judicio diffamationis sit actor, & provocet ad judicem suum, eum qui diffamavit petendo citari ad suum forum, non tamen ille agit, neque reali neque personali actione, sed tantùm petit rogatque promoveri actionem diffamantis coram judice instituendam, ad quam iste diffamando provocavit. Illud tamen difficultatis manere videtur, 1. quod aliud sit Citatio judicis diffamati directa ad judicem diffamantis, aliud Rogatio ut comparere diffamantem jubere velit, 2. quod ille citet sub pœna perpetui silentii citato imponendâ, si non compareat; cum hæc talia sint, quæ non nisi ab eo proficisci queunt, qui in citatum jus imperandi habet. Igitur satius fortè fuerit, si diffamati judex non citet vi jurisdictionis, sed roget ut jubeat diffamantem comparere, & ni hoc faciat, ut ipse (non diffamati sed diffamantis judex) illi silentium imponat, cum imperium in ipsum habeat. Quamvis reponi possit, si diffamator ab aliena vixerit jurisdictione, eum non nisi in subsidium juris, per literas rogatorias fore citandum, *l. 1. §. 2. de req. reis.* Mund. *ad l. diffamari, C. de ing. man. c. 5. n.* 180. *& seqq.* Conf. Bach. *ad Tr. vol. 1. disp.* 12. *th. 16. lit.* C. Du. Mev. *p. 1. dec.* 144. Remedio ex *d. l.* diffamari simile est alterum, contra eum qui nobis verisimiliter exceptionem poterit opponere, *ex l. si contendat, de fidejuss.* vid. Contard. Blater. Mond. *ad d. l. diffamari.*

Ex l. si contendat.

Quid hic forum.

Cæterùm Forum hic significat *locum ubi jurisdictio exercentur.* Exercentur autem illa & *à magistratu, & à litigantibus*: ab illis activè, ab his passivè: Indeque quando quæritur, an forum competens sit necne, ex utriusque persona id dijudicandum est. Judex forum competens habet, si limites quibus circumscripta est ipsius jurisdictio, observet. Limites autem illi circumscribuntur quoad personas, causas, locum & ordinem. Inter litigantes forum æstimatur *ex persona rei*, indeque regula est, Actor *forum rei* sequitur, *l. 2. C. de jurisd. omn. judic.*

Regula.

Idque post distinctas jurisdictiones, naturaliter fieri censemus; cum actoris sit intentionem suam proponere, quod in foro suo facere non potest, ubi reus non comparebit, nec patietur executionem, nisi forum commune habeant. Et alioquin contingeret ut reus subinde in longinqua loca, cum magna molestia evocaretur & vexaretur. Cumque rei sit depellere l. excipere, vel naturalis ratio suadet, periculum facere & experiri prius debere in legitimo hoc conflictu actorem, cui utique reus ubi est vel moratur, ceu hostis, quærendus, ut se sistat. Neutiquam verò hujus Ratio vel causa est, quod executio contra ipsum fieri queat saltem in ejusdem foro. Sed sufficit ut ibi conveniatur ubi ipsi imperari potest. Nam executio quandoque fit in subsidium eo loco illo quo bona habet sita. Sortitur autem forum reus vel jure communi (ordinario) vel ex privilegio & jure singulari.

Forum rei aliud ex jure communi.

Ex jure communi V. modis, ratione *domicilii, ex contractu, delicto*, ratione *rei sitæ*, & ubi *causæ continentiam.*

Ius domicilii.

Domicilium hic est *jus quo quis communiter utitur cum reliquis civibus civitatis alicujus.* Est autem duplex *naturale & accidentale.* Illud quod natura tribuit ex loco quo quis nascitur. Hoc vel *necessarium est* (ut locus in quem quis relegatus, *l. 22. §. 3. ad municip.*) vel *voluntarium*, aliàs Habitationis, Domicilium in specie sic dictum, æstimatur ex loco in quo quis habitat animo ibi perpetuo consistendi, nisi quid avocet, *sec. l. 7. C. de incol.* Olim licet quis deserebat locum nativitatis, tamen non tollebatur forum naturale quoad munera patrimonialia, sed tantùm quoad jurisdictionalia. Hodie verò effectus domicilii originis per mutationem ejusmodi planè admittuntur, Gail. 2. *obs.* 36. *n.* 5. *& 6.*

Præcipue Habitationis.

Ratione habitationis forum sortiuntur nonnulli ex persona propria, alii ex persona alterius. *Ex sua & propria persona* qui animo consistendi alicubi habitant.

Qui ea sua persona habeant. Unde id æstimatur.

Domicilium enim in specie seu Habitationis, consistit in duobus, (1) in habitatione seu commoratione. (2) in animo ibi commorandi, seu ut sedes ibi sit constituta, *arg. l. 7. C. de incol. l. 26. de captiv. & postl. revers. l. 27. §. 1. ad municip.* Animus autem hic apparet vel expressè vel tacitè. Illo modo ubi quis acquisivit jus civitatis, da einer verbürgert oder Erbhuldigung geleistet/ Häußlich und beständig gesessen ist. Hoc modo (1) si quis ea faciat quæ cives ibi facere solent, *l. 27. §. 1. ad municipal.* Conf. Gail. 2. *obs.* 35. *n.* 8. (2) ex ordine & conditione personæ, ut si quis alicubi sit miles vel senator, *l. 22. §. pen. l. 23. §. f. eod.* Hinc incolæ, h. e. qui in civitate aliquo loco recepti sunt, non minus ac originarii in loco habitationis conveniuntur, Gail. *d. obs.* 45.

Exceptiones.

Secus autem est (1) in studiosis, (2) qui ea conditione alicubi habitant, ut tantùm ratione negotiorum contractorum forum ibi sortiantur, ut ferè faciunt Nobiles in civitatibus habitantes: (3) in Syndicis & officialibus, Consiliariis item magistratuum & Imperialium civitatū, quia illi non ratione originis vel juris civitatis, sed tantum quoad officium und durch Eydspflicht/ Dominis suis sunt obligati. Vid. Besold. *d. tr. c. 1. th.* 9.

Q. de nobilibus in pluribus ditionibus habentib. immobilia.

Hic *de Nobilibus illis quæri solet, qui in alio etiam territorio bona immobilia* Landgüter *habent, an etiam in illo conveniri possint.* In Elector. Saxoniæ vasalli & alii qui quoquo modo in provincia sedent und alda nur eine zeit Fewr und Rauch halten/ etiamsi alibi domicilium fixum habuerint, etiam quoad personalia in curiali judicio conveniuntur, Berlich. *pract. conclus. p. 1. concl. 3. n. 7. & seqq.* Contra vasallos in Princips alicujus territorio bona habentes, non conveniri posse coràm illo Principe nisi ex contractu feudali, cum Wesenbec. *vol. 1. cons. 1. n. 57. & cons. 78. tom. 2. n.* 12. statuit Dn. D. Schraderus *disp. inaug. de for. compet. th.* 84. eoque ait respicere die Fr. Br. Hoffgerichts Ordn. *t. 25. ibi.* deßgleichen alle Personen/ so von uns belehnet und häußlich auff dem Lande oder in Städten unsers Fürstenthums sitzen / und keinen zugethan sind. Idem tamen secus esse putat in iis, qui illi Principi in cujus territorio bona habent, insuper homagio sunt obligati. Quod statuit quoque Besold. *d. tr. de process. judic. c. 1. th. 9. lit. P.* v. g. inquiens, Nobilis aliquis Suevus in Bavaria habet bona immobilia, hic in Bavaria conveniri potest, etiam ratione contractuum, quos alibi, in Suevia puta, aut ubicunque celebravit, si scil. & in Bavaria præstitit homagium, secùs si non præstitit. Ratio est, quia die Landsasserey facit aliquem subditum & civem, per homagium, durch die Landhuldigung/ induci solita. Adeoque distinguere videtur Besoldus *d. loc.* inter illos qui diversis in locis bona habent immobilia, *utrum præstiterint homagium, an verò juramentum fidelitatis tantùm* die Lehnpflicht/ *aut juramentum officii*, die Amptspflicht. Certè quoad *res ipsas* hoc dubium non habet, quin ratione situationis ibi forum sortiantur; *Etiamsi autem idem quoad contractus obtinere dicatur; tamen hoc quoque ad actiones ratione bonorum & jurisdictionis, v. c. in Suevia existentis, non extendendum putaverim, ne jurisdictiones ad invicem confundantur.* Nisi fortè aliud consuetudine obtinuerit, ut in Camera Electorali Brandeb. judicio pronunciatum anno 655. d. 12. Jan. verbis: In Sachen R. B. von L. und dessen Cessionarien D. I. und I. C. P. Z. V. an einem: entgegen und wieder I. F. und I. C. Gebrüdere die B. von L. beklagte am andern theil. Gebē die Churfürstl. Brandenbr. Cammergerichts

gerichts Rähte zum bescheide / Ob woll beklagte ihre Rittersitze und Wohnungen nicht in der Chur und Marck Brandenburg/auch die geklagte forderung von etlichen Gütern / so zum theil in frembden Territoriis belegen/herrühren mögen; Jedennoch aber/ weil beklagte S. Churfl. Durchl. zu Brandenbr. Unsers Gnädigsten Herrn Unstreitige vasalli seind / und von derselben ansehnliche Lehn Güter / wovon I. B. drey Dörffer I. F. aber auch ein dazugehöriges Stück in Besitz hat / recognosciren / und in gedachten Churfr. Sachsen / wie nicht weniger in der Chur und Marck Brandenburg per inveteratam Consuetudinem hergebracht/daß alle und jede Lehnleute vor ihren Landesfürsten und Lehnsherren/als welchen sie die Pflicht der Unterthänigkeit geleistet/von dem sie auch ihre feuda nicht anderst/als cum qualitate subjectionis haben und besitzen/ ob sie gleich nicht unter denselben wohnhaffte/ in allen Persöhnlichen Klagen zu Rechte stehen müssen: Die forderung auch so Klägere wieder die beklagte angestrenget/ ex contractu vel quasi herrühret/und actione personali geklaget und gesuchet worden: So ist Hochstgedachte Ihrer Churfl. Durchl. Unsers Gnädigsten Herren jurisdictio, ungeachtet alles dessen / was wegen des domicilii und dero ausserhalb Landen belegenen Güter von Beklagten angeführet / in dieser Sachen fundiret / und haben sich beklagete solcher wegen mit der declinatoria fori keines wegs zuschützen / Atqui prædictæ personæ ratione domicilii ex sua persona ita forum sortiuntur, vel non. Ex *alterius* autem *persona* ejusmodi forum habent, (1) *Liberti & liberi eorum*, qui sequuntur forum Patroni: 2) *uxor & vidua* mariti, *l. f. C. de incol. l. pen. pr. de jurisd.* (3) *Servus ex servitutis possessione in libertatem proclamans. l. 2. l. 3. C. ubi caus. stat. agi deb.* 4) *hæres propter defunctum*, quod ratione suæ personæ ibi non sit subjectus *l. 19. h. ubique Petr. Barbosa.* Nec enim ex persona defuncti mutatur obligatio, *arg. l. 2. §. 1. de V. O* atque hæres hunc repræsentat, *l. 34. h. l. 177. de R. I.* Dn. Frantzk. *comm. h. n. 9.* Et hæc de foro domicilii, quod adeò generale est, ut cum reliquis ferè omnibus concurrat. Sive enim quis contraxerit, sive deliquerit, sive ratione rei conveniatur, judex domicilii aditus desuper cognoscere potest. Vult. *ad l. 1. C. ubi in rem act.* Unde domicilium dicitur forus proprius & naturalis, fortior & potentior, Barbos. *d. l. n. 33. 34.* II. Ratione contractus sortitur quis forum duplicitet, juxtà princ. agentiom, (1) propter *expressam conventionem:* (2) ex *tacita & præsumpta voluntate.* Illo modo per prorogationem jurisdictionis, h. e. si quidam expressâ conventione se alienus jurisdictioni subjiciant, *l. 14. l. 18. de jurisd. c. significasti, X. h. t.* Hoc tamen non obtinet nisi in causis ejusdem qualitatis. Ideoque judex criminalis, nec ex prorogatione, judicare potest in causis civilibus, nec hic in illis, aut judex appellationis, aut feudalis, Ecclesiasticusve in aliis diversi generis causis, quia in his pro privato habetur. Hodie verò prorogationi, nisi consentiente superiori locum non esse docet Bernh. Græværus. 1. *concl. 40, n. 1.* unde piuaverim, superiorem non requisitum, ejusmodi causam avocare posse, arg. eorum quæ de vasallo tradit Gail. 1. *obs. 4. n. 45.* Huic tamen contrarium videtur, quod hodie videamus obligationis instrumentis sæpius inseri clausulam: daß man einen vor allen / auch Geistlichen gerichten vernehmen könne. Vid. Besold. *thes. pract. verb.* Geistliche *jurisdict. n. 26. vers. ac sane.* & de eo qui juratò se obligavit, quod pro debito ubique locorum velit conveniri, Borel. *d. p. 1. dec. 43. n. 41.* Tacitè ex contractu [illegible] forum 1. qui ad judicem incompetentem [illegible] *non opponit exceptionem fori declinatoriam, l. 1. C. de jurisd. l. f. de except.* 2. Actor *quo*

Qui ex aliena pers. hoc forum habeant.

Est generale.

2. ex contractu.

Tacitè.

ad reconventionem, l. 14. C. de sent. & interloc. omn. judic. 3. *ubi quis promisit se soluturum, l. 19. §. 4. de judic.* 4. ubi quis *contraxit*, quocunque etiam modo, *d. l. 19. §. 1. & 2. de judic. l. 3. de reb. auct. jud. possid. l. 20. h. t. l. 1. & l. 2. C. ubi de ratiocin. ag. oport.* Add. *obs. infr. h. n. ad v. extre tamen.* Denique generalis exceptio est, ut quis ratione contractus forum non sortiatur, si, ne reus ibi defendatur ubi contraxit, convenerit; idque vel expressè, *d. l. 19. §. 2. de judic.* vel tacitè, ut factum censetur (1) in mercatore advenâ, nisi ibi inveniatur, aut pergulam vel tabernam habeat, *d. §. 2.* (2) in obligatione constituti, *l. 8. de judic. ubi latissime de hoc dictus Barbosa.* III. Ratione *delicti* sortitur forum delinquens in loco illo ubi delictum commisit, *l. 1. & Auth. qua in provincia C. ubi de criminib.* Concurrunt tamen & hic plura fora. Nam reus, criminis ratione conveniri potest 1. in loco domicilii, *l. 2. C. de jurisd. ubi Dd.* 2. in foro delicti commissi, 3. in loco deprehensionis, *l. 1. ubi de criminib.* & Vult. *ibid.* Nec proficit hoc ce casu privilegium de non evocando repertò in foro delicti, Dn. Mevius. *p. 2. decis. 4.* Circa secundum Quæstio occurrit, *An in loco delicti conveniri possit delinquens, si absens sit?* Besold. *d. tr. c. 1. th. 13. lit. T.* tenuire videtur conveniri non posse, nisi in loco delicti deprehendetur, quod hodie remissiones ad locum non obtineant. Contra Rauchb. *p. 1. q. 50. n. 10.* Theodoric. *colleg. crim. disp. 4. th. 3. lit. b.* id affirmant, modò reo ante fugam ex delicti loco perpetratam, *citatio* fuerit *insinuata.* Verùm rectiùs *indistinctè statuitur, reum in loco delicti conveniri posse, etiamsi absens sit:* idque verum esse tam quoad processum inquisitorium, quàm accusatorium. Probatur per *l. 3. de re milit. l. 28. §. 15. de pœn. l. 7. § 4. l. f. de accusat. Nov. 60. c. 1. Nov. 134. c. 4. & 5. c. fin. de for. compet. c. si peccaverit. 2. q. 1.* vid. Carpzov. *pr. cr. p. 3. q. 110. n. 45. & seqq.* Neque enim jure civ. in foro contractus & delicti differentia est, utrùm contrahens aut delinquens in loco contractus delictivè reperiatur, an verò non; *arg. l. 19. §. 1. & 2. h. t. junct. l. 1. C. ubi de criminib.* Expediri autem processus potest per *literas requisitoriales*, quibus *rogatur judex domicilii, ut reo injungat, in foro delicti copiam sui exhibere.* Quamvis autem, quæ olim obtinebat, remissio delinquentis ad locum delicti, hodie sit arbitraria, ideoque non aliter fieri soleat quàm precariò & ex urbanitate, vel sub literis reversalibus, Gail. 1. *de pac. publ. c. 17. n. 30.* Attamen & hodie necessitatis est, si in loco delicti, inquisitio formata, & sententia jam lata, iisque peractis reus aufugiat; quæ autem tum requirantur, collegit novissimè Dn. Bened. Carpzov. *d. q. 110. n. 74. & seqq.* Quin & absens, si contra eum agatur criminaliter vel etiam inquisitoriè in loco delicti, ibidem quoque damni nomine utili L. Aquiliæ actione rectè convenitur, ob causæ continentiam, *l. 3. C. ad L. Aquil. junct. l. un. C. quand. civ. act. crim. præjud.* Mynf. 1. O. 117. Petr. Frid. *de contin. caus. lib. 3. §. 19. n. 44.* Quomodo responsum nuper à Facult. nostra Jurid. I. R. R. V. H. daß die Witib. H. V. S. ob causæ continentiam vor der Fürstl. C. Regierung ratione damni, pendente licet criminali judicio, wol belangen möge. Cæterum fallit hoc forum (1) ratione privilegii, in *Studiosis, auth. habita C. ne fil. pro patr. Militibus l. 9. de custod. reor.* item *officialis Principis* qui deliquit in civitate, ubi princeps curiam habet, Heig. *p. 1. q. 25. n. 13. & seqq.* quamvis dissentiat Bittening. *de var. universit. specul. th. 27.* (2) ratione causæ, ut in crimine læsæ Majestatis, cujus cognitio ad solum Imperatorem pertinet: (3) ratione loci, si leve crimen committens ad asyla confugiat, nam majus crimen committentes sine licentia superioris capi inde & trahi possunt: (4) ratione fori ab alio præventi, Carpz. *d. q. 110. n. 77. &*

3. ex delicto.

Cum quo d io alia concurrunt.

Q. de reo absente.

Exceptiones.

multis

4. ex re sita.

mobilis seqq. IV. Sortitur quis forum ratione *rei sitæ* in illo loco *ubi res est*, licet ibi non habitet, *l. ult. C. ubi in rem c. fin. de for. compet.* Idque verum est (1) in rebus

Immobili

immobilibus: (2) quæ pro immobilibus habentur, sive corporales sint, ut si quis merces in aliquo loco & institorem habeat, sive incorporales, ut annui reditus, Jurisdictio &c. Besold. *d. c. 1. th. 10. circ. fin. & lit. s th. 11.*

Mobili

& lit. G. (3) etiam in mobilibus, *l. f. h. l. 14. §. ult. l. 38. de jud. l. 10. de R. V.* Az. Acc. *h. l.* Sich. *n. fin.* Vult. *n. 19.* indistinctè, quod usu receptum testantur. Contra id asserit tantùm delatis in locum *ut ibi maneant*, Petez. *in d. l. f. C. ubi in rem n. 2.* non in depositis. Quomodo in Collegio nostro Jurid. anno 1644. d. 18. Nov. ubi res depositæ in civitate B. erant præclusæ, juxta dictam Vultei sententiam memini pronunciatum *& anno 1600. d. 11. Jun. ut p. seq. patebit.* Quamvis etiam Cujac. *par. C. ubi de hæred.* putet hoc (*forum rei sitæ*) obtinere non aliter quàm si reus conventus ibi quoque inveniatur, idemque sublimiter Besold. *d. th. 16.* tamen contrarium indistinctè verius est, per *d. l. 14. §. ult. l. 38. h. t. arg. d. l. f. C. ubi in rem l. 10 de R. V. junct. l. 12. §. 29. de instr. & instr. leg.* quod frequentius obtinuisse testatur Mynsing. *c. fin. §. fin. de for. comp. n. 36.* (4) non modò in singularibus, sed & universalibus: Nam & hæreditas ibi rectè petitur ubi sita est, *l. 29. § f. de inoff. test. l. un. C. ubi de hæred.* frustra dissentiente Donellu *17. comm. 17.* Idque sive petitorio agatur judicio, hæredit. petitionis, sive possessorio, quorum bonorum &c. Vid. Besold. *d. c. 1. th. 12. lit. X.* Non aliter autem in foro rei sitæ prædicta obtinent, nisi de *rebus ipsis* per se agatur, vel *ratione possessionis*, adip. vel recuperandæ, *l. un. C. ub. de poss.* vel juris in re alterius, judicio petitorio seu actione reali, *d. l. 38. h. t.* Si tamen ordinariâ actione agatur, quin reus etiam invitus in loco domicilii, rei controversæ nomine conveniri possit, non dubitandum est, quamvis ab hac receptâ sententia primus recesserit Donell. *d. 17. comm. 17.* Ceu ratione hæred. petitionis in loco domicilii instituendæ pronunciarunt Dn. Antecess. Facult. Lubecam Georgio Rantzowen 11. Jun. anno 1600. verbis: ob wol Hans Leve/ der in Holstein geboren / drey meilen von Dantzig ausserhalb des Rahts daselbst jurisdiction entleibet / einen grossen theil seiner Baarschafften und beweglichen Güter bey Moritz von Pewitz daselbst custodiæ causa und in deposito gelassen und nidergesetzet; das dennoch seins Hans Levens Person/ domicilii, locorum immobilium &c. und ferner beschaffenheit nach / der Raht zu Dantzig des Streits über die Verlassenschafft judex competens nicht sey / noch sich in diesem fall darfür erklären möge / sondern diese sach auff dem Lande / woselbst Hanß Leve Seel. tempore mortis sein domicilium gehabt / müsse angestellet / und außgeführet werden

Quid sentiendum de privil. de non evocando.

V. R. W. Neque autem pro rei sitæ foro officit privilegium de non evocando, quod plures civitates habent, civibus suis datum, Nisi non modò personis eorum, sed etiam quoad eorundem res ubicunque sitas indultum fuerit, Dn. Mevius *p. 3 decis. 118.* Habent privilegia ejusmodi hodienum plurimæ civitates inferioris Saxoniæ, ut Goslaria, Magdeburgum, Brunsvvіga, & similes, eoque si cives eorum extra suam civitatem conveniuntur, subinde opponere solent. Sed qualia illa sint diligenter advertendum est. Cæterùm ad hoc forum rei sitæ pertinet & *forum ratione arresti*, Dn. Mev. *de arr. c. 15. n. 15. & seqq.*

5. ex continentia causarum. Forum rei

V. Denique ob *continentiam causarum* fundatur forum, de quo *infr. ad t. de quib. reb. ad eund. jud. eat.* Et tantùm de foro communi *Privilegiatum* forum sortitur reus, ex principiis singularibus, vel *ratione personæ* vel *ratione causæ*.

Aliud privilegiatum.

Priori modo sunt 1. *personæ quædam illustres*, *sec. l. fin. C. ubi sen. vel clar.* quales in criminalibus non nisi apud Principem, vel quibus is commisit accusantur. (2) *Clericus*, qui coram judice ecclesiastico conveniri debet, *c. 1. c. 12. de for. compet.* nisi ratione rei sitæ actio moveatur, Gail. *1. obs. 37. n. 44.* (3) Germanico jure Laici nonnulli, ut *Imperator* coram Palatino, *A. B. c. 5. §. fin.* *Electores & status Imperii* coram Austregis. *O. C. p. 2. t. 2. & seqq.* nec non quidam privati, ut *Profess. & Studiosi d. auth. habita C. ne filius pro patre. Pupilli, quoque viduæ & miserabiles personæ* quales extra provinciam evocari nequeunt, & alios coram suo principe conveniunt, *l. un. C. quand. Imp. inter pupill. vid.* tamen Gail. *1. O. n. 46.* Carpz. *1. resp. 19.* *Milites*, coram magistratu militum *l. 9. de custod. reor. l. 6. C. de jurisd. omn. jud.* Denique *Legatus*, qui jus revocandi domum habet, in his quæ fecit ante legationem, *Nov. 123. c. 26.* Posteriori modo locus est foro privilegiato (1) in causis spiritualibus & Ecclesiasticis, *c. 5. de judic.* quo spectant hodie *judicia Consistorialia in hocce & aliis Ducatibus Principum Augustanæ confessionis arg. c. 3. de Judic. Mynf. 1. O. 100.* (2) in causis *fiscalibus*, de quibus cognoscebat Procurator Cæsaris vel rationalis, *l. 2. C. ubi de caus. fisc.* Hodie ea pertinent ad fiscalem eo nomine constitutum, fiscal oder Ambtsanklager. Vid. *O. C. p. 2. t. 20.* (3) in causis *status, 3. 1. C. ubi caus. stat.* (4) in *feudalibus*, de quibus domini feudi vel pares curiæ, *2. f. 55. §. 1.* (5) in causis *Ducatus, Comitatus*, ubi quidam invicem de feudo imperii litigant, Gail. *1. ob. 1. n. 31. & obs. 29.* Pett. Frid. *de process. lib. 1. c. 19. n. 8.*

Præter dicta vero causas fori communis nõ sunt alia.

Nonnunquam etiam ex aliis) Sed has causas non esse diversas, rectè etiam animadvertit Bach. *in not.* Quippe *l. 61. h. t.* pertinet ad forum contractus, quod mulier tacitè excipere censeatur, se non velle agere pro repetenda dote in loco dotis contractæ, sed domicilii mariti. In specie *l. 42. eod.* si uxor à legato divortium faciat Romæ, ut defendatur dotis nomine in eodem loco, ex tacito contractu aut distractu divortii. Multò magis autem locus est foro contractus, si spontè se alienæ jurisdictioni litigatores submittant sc. per prorogationem, *l. 47. §. 1. h. t.*

In electione actoris) Quod verum quod ad forum commune, secus in privilegiato, *l. cum clericus C. de Episc. & cleric.*

Absens in loco contr. convenitur.

Ex re tamen domo) Q. est, *an in loco contractus conveniri possit ubi non deprehensus, s. absens?* Quod negat Wesenb. h. (1) *per l. 19 h. t.* (2) *quod declinare possit forum, cum remissio in contractibus non obtineat. c. 1. §. contrahentes de for. comp. in 6.* (3) *quod conventus habeat privilegium domicilii, l. 18. de in jus voc. præsertimque extra provincias trahantur, Nov. 53.* (4) *quod tempore citationis non constet de contractu, utpote nondum probato.* Verùm distinguendum inter jus civile & Canonicum. Illo indistinctè verum est, reum conveniri posse in loco contractus, sive ibi reperiatur sive non, *l. 19. §. 1. & 2. h. t.* Secus est jure Canonico, ut probant Dd. *per d. c. 1. §. contrahentes.* Gail. *2. obs. 1. n. 4. & obs. 36. n. 14. de pign. c. 14. n. 4.* Et ad (1) respondetur cum Gl. *in d. l. 19. quod illa l. 19. §. 1. & ult. loquantur generaliter, ideoq; ita debeãt intelligi, Indeque explicandum pr. vel ibi subintelligenda particula*, maximè *cum Gl.* Ad (2) *quod etiam citra remissionẽ contra absentem procedi possit. Si enim in loco contractus bona habet potest actor petere immissionem ex contumacia, l. 2. quib. ex caus. in poss. eat. Si non* ibi, sed in domicilio suo, *cum judex contractus de causa cognoscit & judicat, quod per literas mutuis compassus requisitus judex domicilii exequutur, arg. l. 15. §. 1. de re judic. Quod itaque habetur in d. §. contrahentes id ex jure Canonico est non cum jure civili confundendum. Porrò* (3) *l. 18. de in jus voc. ad citationem quæ fit à magistratu, non pertinet, sed ad veterem in jus vocationem, quæ quandoque fiebat per raptionem.*

nem. Vid. Mynsing. 4. ob. 69. nec opus, ut conveniens in loco contractus ex loco domicilii eo contrahatur, aut ibi exhibeatur. Denique (4) *supponimus hic ut de contractu aperto constet, per instrumentum obligationis, vel alio etiam modo*, sic ut quis in foro contractus rectè conveniatur.

TITULUS II. C. 3. 28.

De inofficio testamento.

1 *Continuatio.*

His ergo summatim præmissis, ad vendicationes deveniamus: quæ prout res ipsæ multiplices sunt: ut enim aliæ res corporales, aliæ incorporeæ, quædam singulares, nonnullæ universitatis censentur: ita varia constituuntur, multisque modis diversa de his judicia. Sed quia universitas potior est rebus singulis, sicut totum suis partibus, primò de judiciis universalibus videamus. Ea vero sunt illa, quæ ad petendam hæreditatem proponuntur.

2 *Querelam inoff. & petitionem hæreditatis, universalia esse judicia.*

Nam hæreditas, cum plurimas res, partim in corpore, partim in jure positas complectatur, *l. 1. §. 1. sup. de rer. divis.* & augmentum diminutionemque recipit, *§. si instit. per quas person. nob. acqu. vide Jas. in l. 1. C. de edend. l. 1. ff. eodem.* De hac, aut per Querelam inofficiosi testamenti aut petitionem hæreditatis, disputari ferè consuevit. Querela inofficiosi, commiseratione ex hæredatæ injuste familiæ est indulta, & lege Glicia, ut putatur, inducta, *l. 4. h. t. Cujac. obs. lib. 2. ca. 21.*

3 *Qua ratione, & ex qua causa introducta sit querela.*

Nam quia parentes interdum sine justa causa, novercalib. forte deliramentis, aliisque, odiis instimulati, liberos suos exhæredant, sanguini suo contra legem naturæ, quæ ad successionem liberos vocat, *l. scripto 7. §. fin. ff. unde lib. l. cum ratio 7. de bon. damn.* injuriam inferentes, placuit ut de inofficioso testamento liberi agere possint: qui queruntur, inique & contra officium pietatis se esse exhæredatos. Dico Exhæredatos, eoque verbo etiam Præteritionem maternam, cæterorumque cognatorum complector: quia pro exhæredatione habetur *§. fin. Instit. de exh. liber.* Porrò præteritio paterna non eget hujus querelæ, cum pro jure testamentum annihilet: quasi liberis contra legis dispositionem, & oblivione potius quam consulto prætermissis, *eodem titul. Instit. de exh. lib. ubi vide alias rationes in nostris scholiis & inf. de lib. & posthum.* Quod autem nullum est, frustra rescindi petitur, *l. 5. de injust. rupt. test. l. decem. 116. de verb. oblig.*

4 *Definitio hujus actionis.*

Est itaque Querela, ut ad rem redeamus, imploratio officii judicis, qua quis accusat scriptum testamentum: quasi se in illo contra officium pietatis, & sine justa causa exhæredatum dicit, petitque illud, ut injustum, rescindi, *l. Papinianus 8. §. si quis irritum 12. & §. fin.* Propterea neque Actio est, quia non persequitur jus agentis: nec Accusatio, quia non persequitur pœnam. sed est querela quædam judicis officio petens testamentum rescindi, ut aditioni hæreditatis ab intestato, rescisso testamento, aditus pateat, *Bart. post gloss. gl. in l. posthumus §. 1. nu. 5. h. t. & in l. §. si minor. num. 2. & 3. de jurejur. gloss. Jas. & alii in Rubr. C. eod.*

5 *Petitionem hæreditatis cum hac cumulari.*

Huic enim actioni adjici solet, & adjungi petitio hæreditatis, hoc modo, ut quis rescisso testamento, petat se hæredem declarari, sibique adjudicari hæreditatem, *l. qui de 20. ubi gloss. & Bart. h. t.* ac proinde olim ad quinque usitatum fuisse: *d. l. 8. §. quoniam in verb. non totam debeo hæreditatem petere. l. major. 19. §. 1. l. qui repudiantis 17. l. cum qui 21. §. idem hoc tit. l. si quis filium 34. C. eod.* cum dicat *l. C. d. l. Papinianus §. fin. hoc titul.* hæredem fore eum, secundum quem pronunciatum est. Neque sane hoc novum est, nec adinveniendas lites inutile: ut una cum actione seu imploratione officii Rescissoria simul detur, eique adjungatur actio, quæ post rescissionem erat competitura, frustra enim in plura judicia dividitur, quod uno potest expediri. *Jas. in §. rursus, num. 8. 1. & 6. Instit. tut. de actio. dicens hanc esse communem vide gloss. in l. 1. ad verb. necessario inf. ad exhibend. ubi quoque diximus.* Observatum id tamen est, hanc hæreditatis portionem de inofficioso, quæ datur contra titulo possidentem, differre à simplice, cui adversus justi tituli possessorem non est locus, *Cujac. ad Paul. l. 4. tit. 5. Gowen Lect. h. t. 5.*

6 *Quibus detur, aut non: & quando cesset, aut præscribatur.*

Omnibus autem utriusque sexus liberis, *l. 1. 5. 9. 8. cum si 18. §. 1. 30.* & parentibus, *l. pater 14. l. nam etsi 15.* licet de inofficioso disputare. fratribus porro & sororibus germanis non aliter, quam si propter idiulæ turpesque personæ sint institutæ, *§. soror. Instit. eod.* Porro fratres uterini, cæterique ulterius cognati, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, *l. fratres 27. C. eod. tit.* cum obtinendi spem non habeant, *l. 2. h. t. l. fratres 21. C. eod.* Nec enim vult lex in infinitum instituendi necessitatem propagari, testandique libertatem restringi: *contra l. 1. C. de sacro sanct. Eccles.* præsertim cum his personis collateralibus non perinde debeatur successio, atque descendentibus & ascendentibus, *l. nam etsi h. t. l. fin. C. de codicil. in Auth. de hæred. ab inst. venien.* Ac ne his ipsi quidem aliter datur querela, quam si intestato sint successuri: nam alioqui frustra agent, atque adeo etiam obtinebunt, si causa intestati ad alios sit perventura, *l. 6. §. penul.* & alio modo jus succedendi consequi nequeant, *l. Papin. 8. §. si quis impuberi h. tit. §. tam 15. Instit. eod.* Quamobrem etiam si quis legitimam portionem sit consecutus, non admittetur: *d. l. 8. §. si quis mortis 6. §. si quis impubes. 5.* tantoque testari quis potest, quarta legitimis hæredibus relicta, *l. 6. Cod. eod.* quæ hodie tertia est, *Auth. novissima C. eod.* Quin etiam tantus est sustinendorum testamentorum favor, ut si minus relictum quoquo titulo *d. l. 8. §. si quis mortis l. 30. 36. §. 1. l. quoniam 29. l. omnimodo 30. C. eod. d. Authen. novissima* sit, salvo testamento, ad supplementum tantum agi possit: *d. l. omnimodo* nisi quod novissima constitutione Just. institutionis titulo filiis, relinqui voluerit, *§. aliud quoque Novell. const. 115. ut cum de app. cogn. sc.* Præterea nec etiam accusandi potestas est, qui quoquo modo agnovit sibi à testatore relictum, *l. 10. in fi. l. 12. 11. h. t.* aut aliter voluntatem ejus approbavit, *d. l. 8. §. si conditioni 10. l. 31. l. penult. h. t.* aut querelæ renunciavit, *l. qui repudiantis 17. l. nam etsi 15. §. 1.* aut per quinquennium à tempore aditæ hæreditatis continuum, *l. si omnes, §. fin. l. si quis filium 34. in fin. C. eod. l. 2. C. in quib. caus. in integ. rest. l. Papinian. 8. §. ult. h. t. ubi gl. si* quanquam Condictio, qua ad supplementum legitimæ agitur, quinquennio non præscribatur, sed perpetuo, hoc est, 30. annis, ut reliquæ actiones personales, durat: *ita est communis opinio Bal. Jaso & aliorum contra Bart. in l. si quis filium 34. C. de inoff. test. Guid. Pap. dec. 15.* Sic neque etiam extinguatur, quamvis quis sibi relictum acceptaverit, *l. si quando 35. §. fin. C. eod. vid. Mynsing. obs. 36. cent.* hac enim non impugnatur testamentum.

7 *An & quando hodie locus sit querelæ.*

At ex novissimo quidem jure vix est, ut recta linea locus sit accusationi? nam cum nonmodo liberi, sed etiam (ut voluit *§. sancimus. Novell. const. 115. ut cum de app. cog.*) parentes sint hæredes instituendi: nisi justis expressisque de causis exhæredentur, *Dd. in d. §. sancimus*, quas hæres probare cogitur, *§. sive eadem d. Novell.* in omnem eventum, citra querelam videtur in satis esse prospectum. Nam si in legitima sint instituti, nihil est quod defuncti officium accusent: sin in minore parte, agent ad supplementum: sin exhæredentur, aut id fit injusta & testamento quod ad institutionem attinet evacuato ab intestato succedunt, ut querela non sit opus: aut jure factum est, & merito omni aditu consequendæ hæreditatis, qua se indignos reddiderunt, atque ita etiam querela inofficiosi excluduntur, *l. quædam 132. vers. quid ergo de verb. oblig.* prorsus ut fratribus potissimum opitulari deinceps hæc accusatio videatur, etiam si quidam contradicant. *Vigl. in Rub. Instit. eod.* Uno tantum casu volunt nostri usurpari etiam in ascendentibus & descendentibus querelam inofficiosi, si licet cum justa ex causa exhæredatio facta est: quæ tamen needum probata sit. Hoc enim casu quia valet testamentum, & exhæredatio legitime, hoc est, ex justa causa expressim addita facta est, ideo intra quinquennium putant inofficiosi querela illud rescindendum esse: *Bald. nu. 2. & 22. Jas. nu. 12. dicens, hanc esse communem in Auth. ex causa C. de lib. prætor. Bald. cons. 89. proponitur & consil.* ita *Paul. vol.* etiamsi exhæredatione sine causa, aut ex nulla causa facta, sit testamentum nullum, & duret quæstio Nullitatis, seu Jus dicendi nullum, *Jas. in l. si filius num. 4. de lib. posth. Cast. & Dd. in d. Auth. ex causa annis 30. Guid. Pap. dec. 597. de lib. & posth. nu. 5.*

8 *Querela an & quando in hæredes transeat.*

Illud ultimo loco addimus, querelam in hæredes transire, usque competere. liberis quidem indistinctè, *l. si quis 34. eod.* extraneis vero non aliter quam præparata à defuncto querela, *l. 6. §. fin. s. s.* est enim quædam ultionis species, quod genus ad hæredes transire non solet, *vide infr. de injur. an prius Inst. de perp. & temp. act.* Sunt tamen hæredibus arbitror competisse olim querelam non jure Hæreditario, sed suo, quod propter jus Repræsentationis, ipsis injuria facta videtur: emancipatis autem, & extra potestatem constitutis non item, quia jure civili pro extraneis habebantur: *vide Inst. de hær. qual. ; cætero & de hær. quæ ab intest. § emancipati.* ut eis actio civilis dari non deberet, cum hoc jure veteri demortuum parentem nequaquam repræsentaret. Unde nec mat. querelam ad liberos transmittebat, *l. cum mora. C. de transmiss.* quoniam non habet eos in potestate, eoque nec suos relinquit hæredes, *l. nullo 5.*

nulla 13. *de suis & legit.* *Ulpian. Inst. c.* 26. *vide qua dixi Instit. ad S.C. Tertul. in prin.* Sed Just. quæ hoc discrimen sustaris sublatis, videtur indistinctè descendentibus querelam concessisse *d. l. si quis* 34. *C eod.*

9 *Adversus quos detur.*

Datur autem hæc actio adversus hæredem, atque ita post aditionem hæreditatis, ex qua sit hæres, *l. Papinian* 8. § *si conditione. h. t.* cujuscunque tandem sit ille dignitatis & conditionis: *l.* 8 § *si imperator.* 3 *l. pen.* § 1. *h. t.* sive ex liberis sive extraneus aut municeps: *d. l. penul.* quantum quidem ad querelam liberorum aut parentum exhæredatorum attinet: nam in fratribus distinguimus, turpis an honesta persona sit instituta. Sed & adversus hos competit, qui locum hæredis obtinent: ut est successor hæredis, *l. si pars* 10. *h. t.* fiscus qui bona occupat, *l. si hæredem* 10. *C. eod.* fideicommissarius universalis: *l.* 1. *C eod.* nonnunquam etiam in particularem legatarium, qui suspecta collusione ad defendendum testamentum venit *l. si sup posita* 29. Ita tamen hi conveniri poterunt, nisi privilegio aliquo, quod relictum est, defendantur. Nam constat adversus testamentum militare, *d. l.* 8. § *Papinian.* 4. quodque de peculio castrensi fit, vel quasi, querelam non dari, *l. si C eod.*

10 *Forma agendi.*

Ipse porro quærelæ modus est, ut dicat actor: doceatque immerentem, atque indignè præteritum se, vel exhæredatum, *l.* 3. *l.* 5. *h. t.* Inofficiosum enim testamentum dicere, est allegare quare exhæredari vel præteriri non debuerit: *d. l.* 3 5. *h. t.* qualique non sanæ mentis fuerit is, qui testamentum ordinavit: non quod vere furiosus fuerit, sic enim testamentum ipso jure corrueret probato furore: *l.* 2. *h. t.* sed rectè quidem composque mentis fecerit testamentum, non tamen ex officio pietatis, *l.* 2. 3. *Vide Val. Max. lib.* 7. *ca* 8 *l. pen. de cond. institut.* Quod cum ita sit, petit actor declarari testamentum inofficiosum, ac rescindi. eoque rescisso, sibi ut hæredi proximo hæreditatem adjudicari *l. Papin.* 8 § *quoniam in verb. non totam debeo hæreditatem petere h. t.* Quia verò cui datur actio, ei multo magis competere exceptionem dicendum est: *l.* 1 *verf. nam cui de superf. ca. qui ad agendum de regul. jur. in* 6. potest etiam qui exhæredatum injuste se queritur, si est in possessione bonorum, in modum Contradictionis & excipiendo quærelam introducere, *d. l.* 8 § *filius* 13. Illud præterea admonendi sumus, hanc querelam non esse perpetuam, ne perpetuo suspensæ incertæque pendeant defunctorum voluntates, *l. si commun. præd.* sed intra quinquennium à tempore aditæ hæreditatis esse proponendam: *l. sancimus,* 36. § *fin. C. eo vide Bald. consi.* 89 *proponitur vol.* 1. præsertim cum sit Rescissoria, & contra leges civiles impugnans testamentum & ultimas voluntates, quarum magnus favor est: *l. si pars* 10. *h. t.* eoque velut extraordinaria & odiosa, reliquarum rescissoriarum exemplo certis spatiis debeat includi, *l. in honorariis* 35. *de actio.* quod etiam moribus Sax. obtinet. nec enim præscriptiones rerum communes illis inductæ, temere producendæ sunt ad singulares actionum præscriptiones: quæ quando non inveniantur sublatæ, jure putantur etiamnum durare, *l. sancimus* 27 *Cod. de testamen.*

11 *Effectus querelæ, & quatenus testamenta rescindan.*

Effectus autem hujus judicii est, ut Probatâ causa, declaretur testamentum inofficiosum, eoque rescisso legata quoque & libertates inscriptæ pereant, *l. Papinian.* 8. § *penul. l. Titio* 13 *l. cum mater* 78 *hoc tit.* (quod tamen hodie correctum videri potest. cum Just. voluerit institutionem tantum vitiari, salvis reliquis testamenti articulis, *d. Novell.* 115. *ut cum de app. Authent ex causa C. de lib. præt.*) & in ea causa res constituatur, perinde atque si nullum testamentum scriptum, nulla hæreditas adita esset: *l. cum* 21. *in fin h. t.* utque actori victori hæreditas ab intestato restituatur, si modo docuerit se ab intestato hæredem, *l.* 6. § *pen. l.* 15 *in fin. h. t.* Quamvis autem hac actione nemo amplius petere possit, quam eam partem quam ab intestato habiturus esset: *d. l.* 8. § *quoniam,* tamen sententia secundum querelam lata, totum testamentum corruit, quasi vitiosum, & à demente factum: *d. l.* 13. *in fin d. l.* 21 *d. l.* 28 adeo ut victor solus obtineat hæreditatem, neque illi concurrant, qui alioqui ab intestato partem facerent, si agentem deseruerint. *l. filio* 16. videntur enim animo repudiantis accusationem neglexisse *l. qui repudiantis* 17 *h. t.* nisi culpa silentii nulla, impedius fortè, imputari queat. *l. si hæres* 7. *fam. hercif.* Sed si is, qui institutus est, etiam ab intestato hæres existit, cum minimè repudiare jus suum voluisse ipsa aditione & propugnatione testamenti contra querelam, cui se opposuit, abundè sit testatus, ideo rescisso per querelam testamento, ab intestato cum victore concurret: ut cum contra filium institutum alter exhæredatus obtinuit, *l. mater* 19 *l. si ponas* 23 *h. t.*

12 *Casus in quo pro parte tantum testamentũ rescinditur.*

Unde fiuè casu pro parte tantum rescinditur testamentum; propterque rei judicatæ authoritatem, partim testatus, partim intestatus decedit testator, contra regulas juris civilis: *l. jus nostrum de reg. jur.* videlicet cum pluribus quærela conventis diversæ sententiæ latæ sunt, quarum in altera lauderit, in altera declaretur testamentum inofficiosum. Id quod evenire non difficulter potest, quoties adversus extraneum & fratrem, hæredes institutos agitur, contra hunc enim perinde atque contra extraneum, querelam obtinere fuerit perniquum, *d. l. mater* 19. *l. nam etsi* 15. *in fin. circa* 24. *h. t. cum duobus* 13. *C. eod.*

OBSERVATA.

Quomodo in lib. 5. *& seqq. agatur de vindicationibus.*

N. I. *Ad vindicationes deveniamus*) Nomine vendicationis latè sumtas intelligit hic Autor actiones reales, quæ ita vocantur *in* §. 15. *I. de Act. l.* 25. *de O. & A. t. t. si serv. vind.* Etsi autem actiones in rem oriantur ex supra dictis V. speciebus juris in re; tamen compilatores ff. ordinem perpetui edicti insequuti, de omnibus hîc non agunt *sed* (1) *de illis quæ ex jure hæreditario,* *l.* 2. 3. 4. 5. 6. (2) *quæ ex jure servitutis lib.* 7. 8. Pignus refertur *inter accessoria contractuum lib.* 20. Jus autem *possessionis ad judicia Prætoria, lib.* 41. *& seqq.* Conf. not. *ad n.* 1. *de Rei vindic.*

Quo jure introducta sit querela inoff. testam. An ex L. Glicia.

Adt. prætorio, ex const. Princip. Interpr. prud. Moribus, probata.

N. II. *Lege Glicia*) Nec constat inter Interpp. *quo jure introducta sit hæc querela.* Cujac. quidem putat *L. Glicia* inductam, ex inscriptione *l.* 4. *h.* sed argumentum hoc sat leve est, cum nec satis constet de illa inscriptione, teste Hillig. *Donell. enucl.* 19. *comm.* 4 *lit. P* & longè ante L. Gliciam querela obtinuerit. M. Claudii Gliciæ quidem fit mentio apud Flor. *lib.* 9. & Suetoni *in Tiber. c.* 2. sed is vixit sec. II. ante C. N. anno V. C. 500. At quærela longè antiquior est. Val. enim Max. *lib.* 7. *c.* 7. facit mentionem ejus, ex tempore C. Calpurnii Pisonis, Bachov. eam *jure prætorio* adscribit. Duarenus *constitutionibus Principum.* Timæ. Fab. *interpretationi prudentum* acceptam refert: alii aliter statuunt. Sed his omnibus rejectis, dicitur rectiùs eam *moribus* initio invaluisse, & postea legibus *approbatam,* & *jure prætorio* ad aliàs etiam personas esse *extensam.* Secundum ll. 12. tab. enim uti quisque rei suæ legabat, ita jus erat. Vid. *l.* 24. *h. l.* 5. *verb. assiduè soleant, h. l.* 1. *verb. meliùs facerent, frequenter eod. pr. l. h. verb. inductum est.* Val. Max. *lib.* 7. *c.* 7. & Hillig. *d. loc.* Hæc de civili querelæ origine.

Qui exhæredati, quibus hæc datur querela.

N. III. *Etiamsi præteritionem maternam*) Tria hic præcipuè observanda. I. datur querela *exhæredatis.* Exhæredatus autem dicitur dupliciter (1) *propriè* & à priori, jure patriæ potestatis ab hæreditate exclusus, *arg pr. I. de hæred. inst.* (Est enim exhæredatio jus vel effectus saltem patriæ potestatis) (2) *latè ratione effectus,* qui à matre (mulite vel alio ascendente per lineam maternam) præteritus: Nam illa præteritio est silentio facta exhæredatio, *l.* 12. *pr. de bon. lib.* & tribuitur ipsi effectus exhæredationis paternæ, §. *f. I. de exhæred. lib. pr. I. de inoff. testam. l.* 15. *C. eod.* Secus ac hodie, quo præteritio ejusmodi testamentum facit initio nullum, per *N.* 115. *c.* 3. *pr. ibi: patri vel matri.* quâ præteritioni maternæ juxta & exhæredationi paternæ eadem forma præscripta, vid. Clar. *rec. sent.* §. *testamentum q.* 47. Bachov. *ad Tr. h. th.* 1. *B.* Diss. Joann. Wurmbs. *uncl.* 2. *contr. I. de exh. lib. contr.* 3.

Quibus cognatis.

II. per *Cognatos* Autori nominatos, non intelligendi qui tales generaliter, sed restringendi ad *ascend. & descend.* cognatos

Non datur a patre præterītis, quia test. erat nullū.

cognatos, item fratres germanos atque consanguineos, turpibus personis institutis, l.1.h.t.§.1.I.eod. III. Effectus exhæredationis rectè negatur *præteritioni paternæ*. Tenebatur enim pater jure vet. liberos vel exhæredare vel instituere, & tum valebat testamentum *quia fecerat ipse quod ratione patriæ potestatis facere tenebatur*. Quod si autem præteribat tantùm, tunc quia nec exhæredabat, nec instituebat, *testamentum erat nullum, nec opus querelâ*, utpote quæ saltem contra validum dabatur testamentum, *pr. I. de exhær. lib.* Pater hinc *juris (non naturalis, ignorantis testamentum) posituri esse & de indifferente, quod ob præteritionem pat. vel maternam nullum sit testamentum, modò valeat, sitque pro exhæredatione. Et argumento est quod jure Hollandico ob præterit. paternam atque ac maternam, indistinctè ad querelam inofficiosi sit confugiendum*, ceu ex Grot. *manud. 2. p. 18.* notat D. Mæstertius *disp. 139. th. 12. Juris naturalis istis omnibus sufficiens erit Remedium Nullitatis.*

Datur & contra nō scriptum testam.

N. IV. *Scriptum testamentum)* Verùm & contra nuncupativum testamentum quærelæ locus est, (1) per textus generales *in l. 4. 5. 6. & seqq. h.t.* (2) quod detur contra exhæredationem patris, vel matris præteritionem, quæ etiam noncupatione fieri possunt, *Bach. ad Tr. disp. 14. th. 6. A.* Illud etiam notatu h. dignum, quod

Non est actio propriè sed implor. offic. jud.

quærela dicatur hic remedium extraordinarium, *modestiæ causâ*, cum detur contra personas *conjunctas*; aliàs ultimum adjutorium, *l. maximum vitium C. de lib. præt.* quærela subsidiaria, actio, *l. 2. l. 7. h.* accusatio, *l. 27. l. 29. eod.* Nam *propriè actio non est*, sed *imploratio officii judicis*. Actio enim est jus persequendi quod sibi debetur, *pr. I. de Act.* at exhæredatis qui hoc remedio agunt, nihil debetur. *Neque enim vel jus in re & jus hæreditarium habent, vel jus ad rem; cum per testamentum validum jure civili à paternâ hæreditate sint exclusi. Ergo illis actio non competit.* Neque officit quod dissentientes dicunt; (1) quod per quærelam hæreditatem persequamur, *l. 15. §. f. l. 16. l. 19. l. 21. §. 2. h.* (2) quod illa dicatur petitio hæreditatis, *l. 8. §. 8. l. 20. d. l. 21. §. 2. l. 27. §. pen. eod.* extraordinaria sc. & specialis, *l. pen. de bon. poss. cont. tabb.* & vindicatio, *d. l. 27. §. pen. h.* Nā illud verùm saltem est *ratione effectus*, non propriè & primariò; quia *ex natura rei*, demum obstaculo remoto per motam quærelam, & non ante, potest agi hæred. petitione, *l. 17. l. 20. l. 21. §. ult. eod.* Unde non solùm in latissimo significatu quærela hæc, actio vocatur, sed & κατὰ πρόληψιν petitio vel vindicatio.

Mens Autoris explicata. Non est per hær. pen & specialis. Differunt quær. in off. & petit. hæred.

N. V. *Huic enim actioni)* Duo hoc num. proponit Wesenb. 1. *cumulari posse quærelam* inofficiosi cum hæred. petitione,: *hanc ab illa diversam esse : quorum hoc illius consequens.* Equidem Dd. vulgò faciunt duplicem hæreditatis petitionem, *simplicem*, h.e. in specie sic dictam. (hær. pet.) & *specialem*, quæ ipsis quærela. Sed quod ista duo remedia revera differant, & hæc non cadat sub genus hæred. pet. patet, 1. quod *quærela non sit actio*, sed imploratio officii judicis: petitio autem hæreditatis sit actio propriè dicta, §. 20. *I. de Act.* 2. Illa detur ob æquitatem & ex officio pietatis, *l. 2. h. t.* hæc ex jure in re constituto, testamento vel ab intestato, *l. 10. §. 1. de hæred. petit.* 3. illius *finis & effectus* primarius sit rescindere testamentum; (contra hoc enim pronunciatur, quo facto hæres potest agere hæred. petione) *l. 8. §. 6. h. t.* unde & præparatoria est, *arg. l. 17. l. 20. eod.* hujus, hæredem declarari, & ut hæreditas restituatur, *d. l. 10.* 4. quod illa detur contra titolo possidentem, *arg. l. 8. §. 10. ibi : quoniam ante aditam hæreditatem nec nascitur quærela h. t. l. 3. ibi : qui ex fideicommisso hæreditatem tenet C. eod.* hæc non item, *l. 25. §. 7. fam. erc. l. 45. eod.* Diss. Bachov. *ad Tr. disp. 17. th. 1. E.* putans *ista duo remedia posse quidem ut diversa considerari, sed vicem unius habere actionis,* quod sequitur Vinn. *ad pr. I. h. t. n. 6.* nec diversus videtur D. Frantzk. *comm. h. n. 3. & seqq.* inquiens, *vindicari hæreditatem directè per hæred. pet. in specie sic dictam, obliquè verò per inofficiosi quærelam, quæ intellectu quidem à pet. hær. sejuncta sit, quat. per se & immediate eo tendat ut testamentum seu factum testantis impugnet, sed tamen in effectu petitionem quoque includat, ut in simili restitutio in integrum rescindens & rescissorium atque restitutorium judicium involvat.* Cæterum prædictis porro

Possunt cumulari successivè

consequens est, quod duo hæc remedia in judicio jungi & *cumulari* possint, non quidem simultaneè, sed successivè. Diss. Sutholt *diss. ad Inst. 9. aph. 59.* & Bach. *in not. h.* regerens *contra ultimam differentiam, quod quærela detur contra nullo titulo possidentem, cum ex hypothesi furoris, qui color hic sumitur, testamentum habeatur pro nullo, & ita possessor sine titulo.* Verùm inspiciendum hîc quod *in rei veritate sit*, non quod colore & fictione quadam; *revera testamentum valet; ideoque justus etiam est titulus ejus qui exinde possidet, color q. defunctus non sanæ mentis fuisset, prætenditur,* nec fundamentum in re habet. Nimirum concurrunt hîc & colli-

Collisio divers. princip.

dunt duo *principia ad contraria tendentia*. Jure stricto civili valet testamentum ob magnam parentum in liberos auctoritatem, *l. 5. h. l. 28. C. eod. pr. I. de exh. lib. l. 2. verb. sed rectè quidem fecit h. t.* Juri autem benigno & æquitati non convenit, auctoritati paternæ tantam vim tribuere, ut liberi ab hæreditate jure naturæ debitâ, sine causa excludi possint. Quia tamen immensa est reverentia parentibus debita, quæ rectâ viâ impietatis in liberos accusari patrem non admittit, hinc secundùm principia justi extraordinaria, factâ aliquâ circuitione, jurium istorum fit conciliatio, L. Gliciâ. Et enim res temperatur lenitate verborum, quærelæ nomine substituto pro accusatione vel actione, & pro impietate color prætenditur q. pater non sanæ mentis fuisset cum testamentum faceret, *d. l. 2.* Sic namque & satis fit juri legitimo (stricto) patriæ potestatis, & juris humanioris ratio habetur. Qui enim ex furore quid facit, consultò non facit, ideoque excusationem facilè meretur pater, & licet non vero furore, irâ tamen, qui furori similis, ob judicii defectum, percitus, perturbatus videtur. Cæterum præter prædicta nec officit ex *l. 2. C. h. l. 7. in f. & l. 6. pr. ff. eod.* quod *instituturus quærelam, prius debeat agnoscere bonorum possessionem litis ordinandæ causa, quæ titulum interim sine re præbeat.* Nam *quod dicitur d. l. 2. C. h. agnitam b. p. n moturo quærelam, id non ita intelligendum, ac si illa necessario esset agnoscenda, sed in hac tantum hypothesi & ad hunc effectum, ut posset cumulari quærela. Erat enim ibi exhæredatus emancipatus, qui jure civili non succedebat: quod cum objiceret adversarius, ille habebat opus prius petere b. p.* Gl. *in d. l. 2.* Jung. *l. 6. §. 2. h.* At verò & citra agnitam b. p. agi potest quærela ab hærede, modò defunctus denunciando, *sec. all. l. 6. h. t.* eam præparaverit: quo casu prius rescindendum est testamentum quærela institutâ: nec ad hæred. pet. nisi ea sit cumulata, deveniendum, *l. 20. h. t.* Addesis animadv. nostr. 10. *ad* Sutholt. *diss. 9. aph.* 89. ubi ad argumenta Bachovii distinctim respondemus.

Quærela datur privatis hæreditate.

N. VI. *Liberis parentibus)* Datur quærela non nisi privatis hæreditate. *Cum autem privatio sit alicujus habitus, ideo necesse est existere, quibus jus hæreditatis alterius consequendæ competat. Oportet etiam esse causas ex quibus privatio illa contingat.* De utroq; videndū. Quod jus sit

Qui jus habeant ad alterius hæred. consequendam proximè juncti.

nonnullis adipiscendæ alterius hæreditatis, huc disertè exprimitur *l. 7. in fin. und. lib. 7. §. f. si tab. test. l. 15. pr. h. l. 7. de bon. damn. N. 1. præf. §. 2.* quibus asseritur deberi hæreditaté naturali ratione liberis & parentibus. Quin & in genere deberi proximè unctis s. cognatis, habetur *in l. f. C. quor. bon. l. 8. de bon. damn. l. un. C. de impon. lucr.*

descript.

descript. Ratio est & *necessitudo*, & quod *non relinquens testamentum, censeatur illud voluisse, quod juris est naturalis.* Verùm hic non unâ opus cautione. *Enimverò id non ita intelligendum; ac si juris sit naturæ ex præscripto*, sed ob *convenientiam* & inclinationem, juxta *obs. 1. de l. & l. ad n. 15. v. effectus.* Jure gentium hæreditas enim formaliter est *ex jure positivo, & originem cœpit inducta demum rerum proprietate.* Sunt etiam *gradus* hujus obligationis. *Nam liberis & parentibus debetur hereditas jure naturæ simpliciter, ut privari non possint, ob maximam adinvicem cognationem, propter quam ad id inclinat lex naturalis, & quasi naturaliter sequitur, nisi aliunde impedimentum veniat, v. c. per exheredationem.* Atque huc pertinet illud Apostoli: *si filius, ergo heres*: & *Num. 27. 6. 7. 8. 9. 10. 11.* Quia, id Arist. 8. *Eth. 14. Parentes amant liberos quasi ex se quiddam sint, liberi autem parentes q ex illis quippiam sint: licet majorem id à quo aliquid est cum genito habeat necessitudinis connexionem, quam quod factum est, cum eo qui fecit; cum proprium sit ei a quo oritur.* Cum quo ferè coincidit quod *l. 7. §. 1. und. lib.* Papin. dicit, *liberos ad successionem parentum admittere natura simul, & commune parentum votum: parentes verò turbato ordine mortalitatis liberis succedere.* Non ac si jure naturæ parentibus non debeatur successio; utrinque enim subest *summus genito & gignentis amor & necessitudo*: quamvis in gradibus remissis, juxta Aristot. *d. l.* Sed quod in liberorum successione insuper adsit *votum parentum*, qui optare solent, ut liberi supervivant, quodque ordo mortalitatis esse hic soleat, ut hi prius moriantur & parentibus succedant. *Unde & vivo patre quodammodo jus rerum paternarum habere dicuntur, seu dominium κατ' ἰδέαν, ob certissimam spem futuræ successionis, l. 11. de lib. & posth. her. l. 1. §. 12. de succ. ed.* Neque enim sola directio ipsis de est eorum patre vivente, sed & jus in re atque ad rem, sive quocunque alio nomine vocetur, multoque minus ipsis ullo nomine actio comparata est, patre rerum suarum (etiam quoad extremum dominii h. e. alienationem) arbitro solo existente. Maret. *de quartis c. 9 n. 16.* Angel. de Paltronibus *ad l. f. C. de Ed. D. Hadr. toll. q. 17. n. 190. & seqq.* Ubi vero *ordo iste turbatus, h. e. liberi prius præpostero defuncti, tamen ratio miserationis exigit & his relinquere. Exinde turbato licet ordine mortalitatis, non minus parentibus quàm liberis piè relinqui debet, ut benè & piè idem* Papin. *l. 15. h. t.* Reliquis vero præter liberos & parentes cognatis debetur successio *sub conditione, si alii instituti non fuerint*, quia tanta in iis linea recta s. perpendiculari, non est cum defuncto ipsis necessitudo. Hæc enim prout arctior est vel remissior, jus quoque ad hæreditatem tale facit. Nam fratres se mutuò diligunt ex aliâ ratione quàm parentes & liberi, sc. quod ex iisdem sint nati; *Communis enim qui inter ipsos est ortus: ipsos q. eosdem facit, ratione unius sanguinis, unius radicis. Patrueles item & reliqui cognati ex hic conjunctionem habent, eo videl. quod ab iisdem sint alii, propinquiores, alii remotiores, quo vel proprius vel longiùs author generis abest*, verba sunt Philosophi *d. l.* Adeoque *jure naturæ liberum est & arbitrii testatoris, num ex istis cognatis quosdam vocare velit, an alios sibi non junctos adsciscere.* Licet etiam ubi testamentum abest, facultas detur proximè junctis, juxta gradus prædictos, occupandi bona omnia, secus tamen est, ubi quæstio de testamento. Nam talia conditu ris integrum est, universa bona sibi junctis non relinquere, sed alios de suo juvare. Quæ ratio olim quoque erat L. XI. I. tabb. *prout quisque res sua legasset ita jus esto.* Et prædicta, ut supra insinuavimus, licet juri naturæ sint consentanea, *non tamen eodem jure sunt necessaria*, sed indifferenter se habere possunt & variè prout lege, pactis, moribus, vel à testatore definiuntur. Conf. Grot. *de I. P. & b. l. 2. c. 7.* Quam ob rem sæpè & inter liberos inæqualis sit divisio, v. c. si qui magis meriti fuerint, si bonis adventitiis careant, si adhuc infantes sint, & sic deinceps *l. 8. C. h. t. l. 30. §. 1. N. 117. c. 1.* Ne verò in his sæpè durior existeret testator, nec arbitrio ipse utatur vago nimisque rigoroso; *lex civilis* determinavit illam portionem quæ necessariò propinquioribus nonnullis tribuenda, & *Legitimam* appellavit. Voluit autem lex Romana illam relinquendam, habitâ ratione *necessitudinis majoris aut minoris*, non omnibus, sed saltim (1) in lineâ rectâ *parentibus & liberis* absolute. (2) in collaterali *fratribus & sororibus germanis atque consanguineis, sub conditione si* turpis persona instituatur. Utut enim sit arbitrium, instituendi eos qui à latere, iniquum tamen est, illis quos communis ortus fratres vel sorores (q. eosdem) fecit honestis etiam, turpes præferri. Tantùm de habitu s. jure consequendi alterius hæreditatem, aut saltim legitimam. Privatio ejus fit *per exheredationem*, facultati enim hereditatem alterius ex testamento adipiscendæ naturâ inest & tacitè (ut conditio sine quâ non) *nisi pragnans ratio & æquè naturalis quàm quæ ad dandum movit, moveris ad non dandum.* Ne vero & in his limites æqui excederentur, determinatum quoque fuit quæ causæ esse debeant exheredationis. Et licet olim quælibet, etiam non inserta suffecerit, unde tunc subinde opus fuit Querelâ, ut testamentum ipso jure validum, ob iniquam exheredationem rescinderetur, *l. 5. h. l. 28. C. eod.* tamen deinceps aliter statutum fuit, *N. 115. c. 3. & 4.* In hac enim præscripta est *certa forma ex certis causis* exheredandi, liberis parentibusque, quâ non secutâ testamentum nullum est, nec opus per querelam rescissione. Servatâ autem formâ illâ, si ex causâ insertâ sed falsâ, quamque heres probare nequit, facta exheredatio, demum querelæ quoad liberos & parentes locus, evadit, *d. c. 3. & 4.* In *fratribus & sororibus secus est, nulla præscripta his forma exheredandi* ideoque nec in eis locum querelæ facit exheredatio, sed *turpis personæ restitutio*, quæ ut supra diximus, iniqua habetur, *l. 27. C. h. t.* Ubi itaque talis institutio non est, cessat quoque testamenti rescissio. Ita Dn. Antecessores Fac. nostræ ad Joachimum Dieterich Wismariensem: das ewer Bruder Heinrich Dieterich J. V. D. in seinem Testament euch seinem Bruder seine Güter zu vermachen/ und deß Brudern Claus Dieterichen Sel. Tochter gar vorbeyzugehen oder mit einem legato, wie geschehen/ zu begaben/ befugt gewesen/ V. R. W. anno 1600. 13. Junii. Juxta hæc itaque querela certis casibus competit 1. Liberis. 2. Parentibus. 3. Fratribus & sororibus germanis vel consanguineis. De his illud hic præcipuè notandum, non levem Aut. h. & Sutholti *diss. 9. aph. 83.* lapsum esse, *fratres germanos ex collateralibus saltim ad querelam admittentium.* Rationem forte putant, quod, *sc. Nov. 118. c. 1.* fratres germani consanguineis in successione ab intestato præferantur, ergò nec hic ad querelam admittantur, Verùm & textus ex pr. *in l. 27. C. h. t.* contrarium dicit, quod miror eit. Dd. non observasse, & non valet argumentum à succ. ab intestato ad querelam inofficiosi affirmans universaliter, puta: quibuscunque præ aliis debetur hereditas ab intestato, illis etiam præ aliis competit querela. Valet autem hoc: cuidam cui debetur hereditas ab intestato, datur, & querela inofficiosi, eademque ratione licet hodie uterinorum & consanguineorum differentia, quoad succ. ab intr. sit sublata, *d. N. 118. c. 3.* tamen nihilominus à querelâ illi arcentur. Ideoque non correcta est per *d. Novellam §. 2. l. h. t.* & *l. 27. C. eod.* quibus dicitur, quod

Ratio dispos.

Quod jur. nat. conveniens.

Quomodo debeatur lib. & parent. jur. nat.

Ratio ex Aristot.

Quomodo reliquis cognatis.

Indifferens est cognatis inter liberos & parentes relinquere

Vt & liberis æqualiter relinquere.

Lex positiva determinavit quanam port. proximè junctis testamento relinquenda sit in linea recta simpliciter in collaterali sec. quid.

Quomodo quis possit illa portione privari.

Defensitê & hoc lege positivâ.

Sed aliter tamen quoad lib. & parentes.

Aliter in fratrib. & sororibus.

Sec. dicta querela datur liberis 2. parentibus 3. fratribus & sororibus

Notatur A. & Suthrolt consanguineos fratres a querela arcentes.

quod ex lineâ collaterali fratribus & sororibus *germanis & consanguineis* hæc querela competat, cæteris non item. Ita habet & Duar. *h.n.*6. Dn. Franz. *comm.h.n.*29. à quibus dissentientem reperio Vinn. *ad pr. I.h. n.* 5. Quamvis autem Bach. *in not. h.* putet hujus rei rationem hanc esse, quod jus novum *d. N.*118. huc non sit extendendum, sed obtineat tantùm in terminis ejus qui successit simpliciter intestatus, non qui cum testamento, quamvis inofficioso: tamen hæc ratio non satis adæquata videtur, cum motâ & obtentâ querelâ, perveniatur ad successionem ab intestato, *l.*6.§.1.*h.t.* adeoque ad materiam *d. N.*118. Ideoque prior magis placet. Conf. Animadv. nostr. 9 *ad Suth. diss.*9.*aph.*83. Datur verò Querela dicto casu sec. quid, *institutâ sc. turpi personâ*. Dicitur hic talis quæ vel infamiâ juris, vel facti, vel levi etiam maculâ laborat, *per l.*27.*C.h.t. Conf. Schneidew. ad d.*§.1.*I.h.t. Coler. decis. p.*2. *dec* 246. *n.*8. *Heig. p.*1 *q.*21.*n.*18. *Add. obs.*1 *d. his qui not. infam. n.*2. & 8. Et juxta hæc pronunciarunt Dn. Antec. Fac. nostræ Mindam Friderico Römeling d.8. Jul. 1600. verbis: Das von Dieterich E. das jenige was er wegen vorbemelten Testaments und sonst von seinem Vatter ererbet/ auff seine hinterlassene Concubin und zwey unehe-liche Töchter/durch ein Testament darin Elisabet sein volbürtige Schwester/jtzo ewre Haußfraw/vorbeygangen / beständiglich nicht hat mögen gebracht werden/ sondern ist auff ewer anßuchen/solch Testament als inofficiosum zu rescindiren, und ewer Haußfraw zu ihres Bruders Erbgütern/als die nähesste zuverstatten. V.R.W. vid. de Concubinis & aliis personis turpibus Franc. de Barr. *de success. test. & intest. lib.*10.*t.*7.*n.*4. *& seqq.* Ansm. Tepat. *comp. decis.*608.*c.*2.*&*3.

Non admittendi uterini

Est hæc quoe contra turpes personas.

Nisi quod novissima constitutione) Qui legitimam habet querela inofficiosi uti nequit. Quod adeo verùm erat jure veteri, ut & in instituto in parte quæ totam legitimâ non faceret, eadem cessaret, donec Just. novissimè constitu, illum non querela agere sed debere ad supplementum, *l.*30.*C.h.* Præterea ad excludendâ querelam *olim* perinde erat *quovis titulo pars illa* vel quod totam legitimam faceret, esset relictum, an sc. titulo particulari legati, vel universali institutionis & hæreditatis, §. *ult. I.h.t.* Hodiè verò legitima debet relinqui *non nisi titulo institutionis*, rectè affirmante Wesenb. h. & Dd. comm. *per N.*115.*c.*3. ubi dicitur, nullum esse testamentum, ubi per alium titulum quàm institutionis filio relictum. Ratio est, (1) *ut non adeuntibus cæteris coheredibus, possit filius iure accrescendi succedere, l. un. C. quand. non pet. part.* quod aliàs in vero legatario secus fuit, usque dum novum jus etiam in illo constitutum, *N.*1.*c.*1. (2) quia *heredis nomen multò est honestius, arg. l.*1.§.6 *de leg. præst. contr. tab. b.p. pet.* Add. Molin. *de I. & I. tom.*1.*tr.*2.*disp.*175. *n.*12. & D. Uugep. *ex.* 8.*q.*13. Mercur. Merlin. *latiss. tr. de legit. lib.*5. qui plures hujus tituli utilitates assignat. Diss. Bachov. *ad Tr. d. disp.*16.13. *& in not. ad Wes. h.l.* tum *per Nov.*8.*c.*1. tum quod filius in legitimâ cum re certâ institutus, pro legatario habeatur, & nominetenus, non revera, sit heres, *l.*13.*C. de hered. instit.* Verùm *d. N.*8.*c.*1. correcta est, *per Nov.*115.*c.*3.*ibi. nec si per quamlibet donationem vel legatum &c.* Neque officit, *c.*5.*pr. ibi: etiamsi certis rebus &c.* quia quo titulo in illa re certâ debeat fieri institutio, dicitur *pr. d.c.*3. unde id repetendum. Deinde filius ita in re certâ institutus, *ratione tituli & propriè* (qui revera est universalis) *ac ratione personæ pro herede est*, at ratione *rerum & sec. quid*, quat. sc. *res illa certa*, in quâ institutus, pro legatario, eamque præceptionis vice habet. Hinc ei etiam fam. ercisc. judicium datur, *arg. l.*33. *vers. dicebam. de hered. inst.* quod illi qui titulum habet particularem non dari, tralatitium est. Conf. Gail. 2. *obs.*112.*n.*10. *& seqq.* & in hanc sent. novissimè inclinantem Vinn. *ad* §.6.*I.h.n.*4. Cæterum si minus legitima relictum, Suppletoria competit *ex l.*30.*C.h.t.* de qua quæri solet. *an condictio sit ex Lege, an verò alia.* Verissimam puto sententiam distinguentem. Nam institutus intestam. vel relicta est *portio legitima*, vel *minus*. Hoc casu semper competit condictio ad supplementum, *l.*30.*C. h. &* §.3.*I. eod.* non solùm liberis & pat. sed & fratribus ac sororibus germanis & consang. persona turpi institutâ, *d.l.*30. *& l.* 1.*C.h.* modò probent fratres vel sorores turpitudinem. Altero vel institutus est heres *cum onere fideicommissi*, & aut implorare potest officium judicis ut legitima separetur à cæteris bonis fideicommisso gravatis, Cæs. Argel. *ac legit. contrad. q* 2. *art.* 2. aut uti exceptione retentionia totius hereditatis, donec detracta sit portio legitima. Vel cessit fideicommissum, & fortè alii quoque heredes instituti sunt, qui nolint solvere legitimam vel sibi bona possideant; & tunc datur actio ex testam. personalis contra reliquos heredes, vel petitio hereditatis, *arg. l.*10.§.1. *de her. pet. l.*1. *si pars hered.* aut fam. &c. judicium, *Ed. D. arg. l.*35 *pr. &* §.1. *de her. instit.* aliquando & interdictum ex *l. f. C. de Adr. Add. Mercur. Merlin. de legit. l.*1.*t.*2.*q* 13.*l.*3.*t.*3.*q.*2. non hypothecaria *Ant. Mangil de imput & detract. q.*12.*n.*14. Diff. Dd. varie, Vide Sutholt. *d. diss. aph.*74. & Wes. *h.* putantem. condictionem ex lege dari indistinctè, *arg. l. un. de cond. ex leg. junct. d.l.*30.*C.h t.* cui subscribit Vinn. *ad* §.3.*I.h.n.*4. Cæterum lata inter dictam act. & querelam inoff. differentia est. Hæc quinquennio finitur, *l.*8.§.*f.h.t.* Illa perpetua est. Hæc non præparata regulariter non transit in heredem, quia instar actionis injuriarum est, propterea que dissimulatione tollitur. Illa secus. Hæc datur ad rescindendum testamentum, illa ad supplementum. Cæterum quoad ea quæ de Legitima dicta sunt supplenda, ut & ratione aliorum huc pertinentium videndus est inprimis Dn. Mantz. *eleganti de Legitima tractatu.*

Legitima olim non vis tit. relinqui pot. erat.

Nunc tantum tit. universali institutionis

Ratio duplex.

Resp. Bachovio Dissentienti.

Qualia actio suppletoria ex l.30.C. h.t.

Differentia hujus à querela.

N. VII. *Ac novissimo)* Exheredatio olim vi patriæ potestatis facta, licet ex causis arbitrariis, testamentum sustinebat, *arg. pr. I. de exhered. lib.* Ideoque olim facilè poterat querelæ locus dari. Novissimè exheredationis modus alius est inductus *per. Nov.*115.*c.*3. sc. (1) ut fiat exheredatio ex *certis causis*: (2) ut *cum elogio*, h.e. expressione causæ, quam heres probare tenetur. *Hinc etiam alia hodie querelæ ratio*, adeoque regula est, quod testamentum non factum sec. formam *d N.* ipso sit jure nullum, ideoque læsis competit Remedium Nullitatis *f. imploratio officii judicis, ut testamentum propter formam non servatam* (quæ in institutione & exher. consistit) *pro nullo declaretur*, conf. novissimè D. Mantz *de test. am. insignis tract. tit.*101 *q.*14. Potest & excipere de nullitate contra agentem. Quin & ubi non adest contradictor, hereditatem occupare. Sunt tamen nonnulli qui putant, & hodie omnibus quibus olim, casibus querelæ locum esse. De duobus autem quæri maximè solet; an iis detur hæc Querela (1) in *linea recta* si sit exheredatio facta, ex *justa causa* etiam inserta, quæ tamen ab herede *non probata*: (2) si à *fratribus aut sororibus persona turpis instituta* Quod de utroque rectè affirmat Autor cum Dd. comm. Et posterius per *l.*27. *C.h.t.* Prius verò per hanc *inductionem*, quæ illo dilemmate quo utitur Autor, est evidentior. Nimirum cui legitima debetur, vel *institutus* est, vel *non*. Illo casu vel in *tota legitima*, & nullam querelam habet, *l.*30. *C.h.t.* vel in *parte*, & cessante querela, suppletoria competit, *ex d.l.*30. Hoc casu vel est *præteritus* vel *exheredatus*. Præteritio, si erat à patre facta, etiam olim testamentum nullum faciebat, *l.*1. *de injust. rupt. l. f. C. de lib. præt.* quod & hodie repetitum. *Nov.*115.*c.*3 *auth. ex causa C. de lib præt.* Si à matre, itidem hodie testamentum ipso jure nullum exstat, *d.N. c.*3.*pr.* Exheredatio facta est vel

Quomodo ob exheredationem competat querela.

Quibus causis.

Regula de hod. jure.

Q. de duobus.

vel *expressâ & insertâ causarum unâ ex 14.* & aliis *d.N. 115.* vel *non.* Illo casu *si hæres eam potest probare, vel de ea constet,* querela cessat, *si nequit,* eidem locus est: quia testamentum hîc est factum sec. formam *d.N.* & subsistit, *Iniquum tamen & contra officium pietatis factum censetur,* cum hæres causam insertam probare nequit. *arg.l.1. & 2.h.t.* Quamvis enim Bachov. *ad §.1. n.6.vers.ego tamen l.h.t. ad Wesemb.not.h. & ad Tr.disp. 13.th.1.F.* putet hoc casu potius dari implorationem officii judicis (ut is declaret an causa sit vera vel non) quàm querelam: tamen contrarium longè verius est. Hoc casu, & si nulla causa expressa, cessante querelâ testamentum esse *ipso jure nullum*, rectissimè 5. argumentis ostendit Bachov *ad d.§.1.n.5.* Jung. Animadvers.nostr. *6.ad Sutholt disp.9. aph.6 C.*

Quomodo dicatur liberis, & præparetur.

N. VIII. *Liberis quidem indistinctè*) Quomodo Querela præparari dicatur, habetur *in l.7.h.t.* Sed Q. *an etiam non præparata ad hæredes transmittatur?* Et verius contr. Wesenbec. distinguitur, quod jure veteri neque ad suos neque ad extraneos transmittatur, nisi præparata, per *l.6.§.f.h.t.l.34.C.eod.* Jure novo ad descendentes (sive suos sive emancipatos) etiam non præparata transmittitur, ad extraneos autem non, nisi præparata, *l.34.l.pen.f.C.h.* Neque officit (1) quod suis etiam jure vet. competat non præparata propter jus repræsentationis, quibus exinde injuria fieri videatur. Nam, præterquam quod aliud constet *ex d.l.6. §. f. h.* hîc etiam non agitur principaliter de injuriâ vindicandâ, sed de rescindendo testamento, & hæreditate petendâ: neque actio injuriarum ad suos hæredes etiam aliter transit, quàm lite contestatâ, *§.1.I.de perp.& temp.act.* Nec 2) mutat *l.6.de transact.* in quâ mater querelam ad suos non transmittit. Ratio enim non est, quod in eâ jus antiquum contineatur, sed quod mater querelæ renunciaverat. Conf. Bach. *in not.*

An contra fiscum.

N.IX. *Fiscus qui bona occupat*) Rectiùs dist. Gl. *in l.10.C.h.t.* ut competat querela *contra fiscum*, si bona ad eum perveniant jure successionis, si verò ut vacantia occupavit, petitio hæreditatis.

Contra legatarium.

Quoad *legatarium* verius est, contra A. adversus eum non dari hanc querelam *in all.l.29.* quod pro suo interesse saltem interveniat, ut rectè explicat Bach. *in not.* De peculio castr. vel q.castr. res altioris est indaginis. Equidem *sec.l.f.C.h.t.* non subjacet querelæ testamentum quoad pecul.castr. vel quasi castr.

An contra testam. pecul. castr. & q. castr.

Quo ad hoc (q.castrense) tamen illud correctum, *per Nov.115.c.4. & Nov.123.c.19.* ubi de clerico dicitur quod debeat legitimam relinquere de q.castrensi peculio. Et in militari justum hoc esse suadet favor rerum & militiæ armatæ ratio singularis. Add. *§.f.I.de test.mil.* ubi dicitur, quod filius de q.castr. peculio debeat jur.comm. testari. In milite, ut dixi, secus est; nec generalia verba *N.115.c.4.* debent adimere ipsi privilegium in *l.9.C.de mil.test.& l.9. C.h.* licet dissentiant DD. comm. sec. Bart. *d.lib.10.c.8.n.21.* Exceptio est, si miles jure communi testamentum fecerit, tunc enim ex hoc æstimatur, & querelæ subjacet *d.l.9. C.de test.mil.* Nec officit quod Bach. *ad Tr.h th.3.A.* opponit, sic privilegium datum esse modo testandi, non rebus. Nam verum est quod aliter non competat privilegium, nisi jure militari testamentum fiat, cum aliàs 7. testes requirantur. Ideoque in duobus illis casibus & hodie querelæ subjacent ejusmodi testamenta: Si in cæteris non est observata forma *d.N.* tum testamentum ipso jure nullum est.

Color non sanæ mentis hodie non requiritur.

N. X. *Non sanæ mentis*) Colorem hunc videre licet *etiam in aliarum gentium testamentis*, quibus de Grot. *h.in fl.sp.ad l.hoc colore.* Bart. vult hodie *istum non requiri*, sed satis esse proponi causam exhæredationis s. præteritionis veram non esse, sequiturque Gotofr. *in l.5.h.t.* Idem sentit Tim.Fab. *diss.anniv.ad Inst.h.t.* ubi rationem reddit. Bachov. *tamen videtur non malè istiusmodi colorem adhuc requirere; licet enim hodie testamentum per querelam evacuatum quoad legata valeat; tamen quoad principale & hæredis institutionem annihilatur. Et color non sanæ mentis prætenditur non q. quis verè furiosus vel demens testatus sit; sed quod rectè quidem fecerit testamentum, verum non* ex officio pietatis, *unde* & inofficiosum *vocatur. At tale adhuc semper est ejusmodi testamentum*, propter iniquitatem & injuriam *exhæredationis, l.3. & 4.h.* Confer ista pluribus explicantem post hæc scripta visum Mæst. *de inst.ll.Rom. l. 2. c. 49.* Ideoque & hîc isti colori locus est. Add. Treutl. *not.aur.ad Vult.p.95.c.22.* & Bach. *ad Tr.h. th.6.E.*

An & quomodo quer. sit rescissoria.

Præsertim cum sit rescissoria) Rationem veram reddit Wes. cur querela saltem *quinquennio* duret, quod actiones civiles, qualis & hæc, sint perpetuæ, *§.1.I.de perp.& temp.act.* Nimirum quia *& contra leges est, & rescissoria*, dum rescindit illud quod jure civili summo validum est (quæ autem ejusmodi sunt, ceu odiosa, arctiori tempore constringenda veniunt) ratione externâ, ne ultima voluntas diu sit in suspenso. Exinde etiam est, quod si quis contra veritatem agat hac querelâ, eum perdere relicta, & fiscum ea ut ab inique vindicare, *l.8.§.14.h.t.* Rectè itaque querelam cum rescissoriis actionibus *in l.35.de O.& A.* hactenus confert Autor; Quamvis enim ut regerit Bach. *in not.h.* illæ sint annales, tamen hoc cum querelâ participant, ut, ceu odiosum quid, arctiori tempore quàm cæteræ actiones constringantur.

An hodie per Quer. rescindatur testamentum saltê quo ad institutionem. Aff. A. Resp. Bachovio dissentiens.

N.XI. *Quod tamen hodie correctum*) Q. *an rescisso per querelam testamento, nihilominus legata, fideicommissa, dationes tutelarum &c. valeant*: Rectè affirmat A. *per N.115.c.3.& auth.ex causa C.de lib.præter.* Cum enim Imperatori talem fuerit propositum auferre à liberis injuriam exhæredationis & præteritionis, voluit quoque *corruere* saltem testamentum *quoad institutionem*, non quoad legata vel fideicommissa, utpote quæ parens, etiam non institutis relinquere potuisset. Neque officit quod Bach. *ad Tr.d.disp.th.7.lit.C.th.1.B.& ad Auth.h.* opinatur, nec hodie ex testamento per querelam rescisso deberi legata &c *quod sec.d.N.testamentum ipso sit jure nullum (cum lex inibi citra ullum periculum adjudicet hæreditatem, in judicio autem querela dubius litis eventus sit adeundus) adeoque eius dispositio ad querelam non pertineat.* Nam quamvis ista Nov. non directò, tamen *implicitè* eò spectat. quandocunque enim constat filium injustè esse exhæredatum, testamentum saltem corruit quoad institutionem, *d.N.115.c.3.* At quando per institutam querelam rescissum est testamentum constat filium esse injustè exhæredatum. E. Duplex enim remedium habet filius contra testamentum patris, vel *jus dicendi nullum*, si non observata sit forma institutionis *d.N.* præscripta, vel *Querelam*, si eâ observatâ testamentum *contra officium pietatis* factum. Quomodocunque autem constet de injustitiâ institutionis, præteritionis vel exhæredationis, semper hic effectus est, ut nullum sit testamentum *saltem quoad principale* in quo vitium erat, *arg.l.34.sub fin. C. de donat.* Quomodo ex facto consulti in Collegio nostro Juridico sæpius respondimus. Add.not. *infr.ad tit. de lib.& posth.hæred.n.5.* Bart. *d.l.10.t.10.n.6.* Dn. Richter *dec.50.* Wurms. *contr.4 ad ?.1.de exh.lib.n.13 & seqq*

OBSERVATA.

Ratio connexionis examinata contra Bachovium.

N. I. *In ipsa deinceps judicia*) Quæ ab initio per quatuor numeros habet Wes. ad connexionem seqq. pertinent, ubi Bach. adnotat, *perfectam esse & sufficere divisionem in judicia civilia & criminalia, extraordinaria enim ipsa vel esse civilia vel criminalia: vitiosam item homonymiam, dum judicia civilia dividuntur in propria talia & Prætoria, & Dd. ita dispescentes judicium non respicere causam efficientem, sed objectum.* Verùm 1. extraordinaria quidem judicia, de quibus Prætor ipse cognoscebat, aliquando civilia erant, aliquando & criminalia, *sec. l. 5. de var. & extraordin. cognit.* Sed & non rarò erant de causis publicis, ut de muneribus & honoribus, *d. l. 5.* At jus fisci & fiscalia judicia, cum cæteris quæ in fine lib. 1. ff. habentur, rectiùs arcentur à causis privatorum, & ad judicia de causis publicis referuntur. 2. Perfecta quidem est divisio judic. in civilia & criminalia ab objecto desumpta, sed non sufficiens titulis Digestorum connectendis, cum in parte II. III. IV, & V. prius agatur de civilibus, talibus ratione causæ efficientis, & de Prætoriis in p. VI. in p. verò VII. de criminalibus ratione objecti ita dictis. Unde patet JCtos judicium civile dicere non modò à materia & ut ipsi criminale opponitur, sed & ratione causæ efficientis, ut oppositum habet judicium Prætorium: vid. §. 3. *I. de Action. l. 25. §. 2. l. 42. §. 1. de O. & A.* Hac ratione expeditior connexio est, si dicatur, judicia ipsa vel esse *de causis privatis*, vel *de publicis, l. 1. §. pen. de calumniat. arg. l. 13. C. de judic.* De illis agitur à lib. V. usque ad lib. XLIX. t. 14. & sunt (1) vel primæ instantiæ, vel appellationis. (2) vel civilia (ratione objecti de causis civilibus) vel Criminalia. Illa iterùm vel Civilia in specie sic dicta (ratione causæ efficientis) vel Prætoria: & eadem civilia vel realia, mixta, & realibus finitima, vel personalia. Ad causas publicas spectant, quibus de agitur à d. t. 14. lib. XLIX. ad finem, quæ Autor hic vocat extraordinaria & fiscalia judicia.

Judicia sunt vel de causis priv. vel publicis.

Civilia in specie rectè sunt vel realia vel personalia.

N. II. *In civilibus*) Civilia in specie sic dicta rectè A. subdividit in Personalia & Realia; quamvis enim & Prætoria judicia in rem sint & in personam, indeque Bachov. *h.* putet hanc subdivisionem non posse defendi; tamen id nil impedit, quia præterquam quod hoc exindè non negatur, cum in p. 6. & de Prætoriis realibus & personalibus agatur, etiam sufficit ista subdivisio civilium hic.

Judicia realia potiora & fortiora personalibus. Examinantur rationes Autoris.

N. III. *Cum quia potiora sunt personalibus*) Verùm utraque ratio claudicat, imò posterior planè nulla est. Et potiora enim esse judicia realia *ex l. 25. de R. I.* probari nequit, cum ibi non agatur de differentia actionis realis & personalis, ut falsò sentiunt Dd. nonnulli, sed solùm dicatur, quod melius sit, quod quis rem teneat ac possideat; quàm quod in personam agat, cum expediat potiùs pignori incumbere quàm in personam agere. Vid. Cagnol. *in d. l. 25. pr. de R. I.* Apertè itidem falsum est, pendere judicia realia à mero judicis officio; quamvis enim non sint ex obligatione, tamen sunt ex jure in re constituto; & ideò in his judex non minùs propositæ actioni inservire tenetur. Interim tamen *Sententia Autoris vera est, actiones reales fortiores & potiores esse personalibus 1. arg. l. 1. §. 1. vers. quia de superfic. l. 9. C. qui pot. in pignor.* 2. ob finem, causam & effectum, quem jus in re præ jure ad rem nobiliorem habet, ut latius ostendimus dissert. nostra *de jur. rer. concl. 11. n. 16.* Addi potest Jason. *in rubr. de moff. act. n. 2.* Cæterùm porrò explicaturus A. connexionem lib. IX. ait, ibi contineri actiones personales cum realibus affinitatem habentes, ut sunt 1. actio si quadrup. paup. fec. dic. 2. dejecti & effusi. 3. Actio noxalis: quod improbat admodum Bach. *in not.* miseret me Wesenbecii, inquiens, qui dum ordinem Pand. defendere conatur, his sese ineptiis involvit. Verùm *non injuriâ dixeris, ipsum Bachov. in istiusmodi refutandis longe ineptiorem sese ostendere, & magis agere verborum captatorem. Quamvis enim prædicta judicia fortè non rectè dicantur occasione rerum enasci: tamen effectum illum insignem realium, qui est dari adversus possessores participant. quid ergò vetat ea exindè vocare realia sec. quid. s. realibus finitima? Neque rationes Bachovii tanti sunt ut singulari refutatione indigeant.*

In lib. IX. Dig. sunt judicia personalia realibus finitima.

Contra Bachov.

Quæ jus dicta realia.

N. IV. *Quædam realia*) Judicia realia *propriè* dicuntur, quæ 1. descendunt ex *jure in re*, & 2. dantur adversus *possessorem* quemcunque, *l. 25. de O. & A. §. 1. & seqq. I. de act.* quæ duæ notæ actionis in rem, etiam per inductionem facilè demonstrantur (vid. Giphan. *in d. l. 25. l. 10. §. 1. de hær. pet. §. 2. & seqq. de act.*) ita tamen ut prior substantialis sit, altera naturalis; *Giphan. d. l.* Unde perquam est absurdum, quod Filliuc. *op. Theol. tom. 2. tr. 33. c. 6. n. 101.* dicit, actionem realem alio nomine vocari jus in re, personalem verò jus ad rem. Quamvis enim quicunque ejusmodi jura habet, etiam potestatem in judicio persequendi quod sibi debetur habeat; veruntamen id non est nisi effectivè & virtualiter, non verò formaliter & priori, *l. 19. de R. I.* Jus in re (in vernacula ein dinglich Recht/ dinglich Gerechtigkeit/ Belgis Behering. vid. Grot. 2. *manud. 1. l. 19. de damn. inf. l. 11. 13. §. 1. eod. l. 30. de nox. act. c. si tibi c. quodam de preb in 6. c. ult. de concess. preb. in 6.*) est potestas *circa rem constituta, rem ipsa afficiens*, sec. Gloss. *in c. capitulo. verbo affectum. de concess. preb.* Et quintuplex est, hæreditas seu jus hæreditarium, dominium in specie sic dictum, servitus, pignus & possessio. Videsis accuratissimè hæc examinata d. dissertatione nostra *de jure rerum noviss. edit. concl. 13. 14. & seqq.* nec non contra Jacobum Bornium, eandem nequicquam oppugnantem, scriptas in hac Julia nostra, & Academia Jenensi ac Lipsiensi Vindicias, anno 1662. ex quibus certissima dictarum actionum principia huc omninò sunt referenda. Illud etiam addimus non placere, quod Grot. *d. c. 1.* jus in rem distinguit in jus possessionis, Besitrecht/ & jus dominii vel q. quod Eigenthom vocat, eaque voce reliqua in re jura comprehendit. Quod sequi videtur Petrus Gudelinus, & novissimè D. Vinnius *comm. Inst. de Rer. Divis.* Juri enim Romano unde hæc petenda, non conveniunt; & potest esse jus in re absque dominio & absque possessione. Johann. de Lugo *de I. & I. disp. 2. sect. 1.* non malè quidem dicit, jus ad rem non habere obligatam & devinctam rem, sed solùm personam, jus in re habere devinctam & obligatam ipsam rem; atque ideo illum qui habet jus in re, posse eam ubicunque fuerit vindicare sibi, quia semper transeat cum illo onere & obligatione. Verum obligatio minùs propriè tribuitur etiam rebus, sed personarum propria est. *pr. de oblig.* Multò minùs sufficiunt species juris in re ab eodem assignatæ, dominium, usus, ususfructus & possessio; quia servitus realis & hæreditas nullo jure excluduntur. Illud non possum non hic meminisse, quod post Thomam Trevisan. *de sponsal. prælud. 7 n. 11.* Petrus Franc. Linglois *ad 50. decis. decis. 12. q. 1. n. 1 eodem* minùs propriè dicit, & *maritum erga uxorem* habere jus in re, *sponsum erga sponsam* jus ad rem. Licet enim contracto matrimonio exinde jus sit in uxorem comparatum, sponsalibus celebratis jus ad eam ex obligatione habeatur. Præstat tamen non confundere

Ex jure in re. Quod quintuplex sit Filliucii.

Grotii.

Gudelini.

Joan. de Lugo.

An jus in re habeatur contra uxorem.

An jus in re habeant erga uxorem.

propterea personas & res, jus item personarum & jus rerum, quæ Justinianus non modò distinctas voluit, verùm etiam jure naturali separatam rationem habent, ut notavimus suprà *de stat. hom. n.* 1. Et parùm subtiliter dicitur *uxoris esse dominium, eamque à marito vindicari.* Per rei vindicationem enim liberæ personæ, quæ sunt juris nostri, utpote liberi qui in potestate, non petuntur, sed præjudiciis aut interdictis, aut cognitione prætoria, ceu refert ex Pomponio libro 37. Ulpianus *l.* 1. §. 2. *de R. V. c. illud.* 11. *de præsumt.* At in uxore eadem ratio. Et nil vetat dicere, jus personarum hoc est quod circa personam, aliud esse *in persona* (jam constitutum) aliud ad personā. (quod *ad personam* habetur,) exemplo ejus qui passus se venundari, priori traditus est ex empto vel non traditus, sponsæ, & ejus quæ uxor facta thoro jugali. Conf. not. *infr. de sponsal. n.* 7. Contra *Personalia* judicia *propriè* dicuntur, quæ 1. ex jure ad rem oriuntur, & 2. dantur tantum adversus personam obligatam, *d. l.* 25. *de O. & A.* §. 1. *I. de Act. Ex quibus prius iisdem substantiale. Giph. d. l.* 25. Cujusmodi etiam sunt tria illa judicia in lib. IX. quæ non ex contractu aut delicto, sed ex facto & culpa gignuntur, quæ tamen effectum realium participant. Jus ad rem propriè differt ab obligatione, ut status à jure personarum, quo de supra *de stat. hom. d. n.* 1. Definiri potest *potestas in obligatione consistens, ad rei præstationem, l.* 3. *de oblig. & act.* Germanis Schuld / Belgis Inschuld / juxta Grot. *d. c.* 1. Estque illa obligatio vel immediata, ex lege, *l.* 1. *de O. & A.* vel mediata. Et hæc vel ex consensu vel ex delicto, *τῶν συναλλαγμάτων ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων*, 6. *Eth* 5. Mixta porrò judicia dicuntur quadrupliciter, ratione *objecti*, unde actio rei persecutoria, pœnalis vel mixta §. 19. & 16. *Instit. de Act.* 2. ratione *modi procedendi*, ubi uterque actoris partes sustinet, *l.* 39. §. 1. *de O. & A.* 3. ratione *causæ efficientis*, quod actio *partim* sit ex *jure in re,* & *partim ex jure ad rem* quo sensu actio dicitur realis, personalis & mixta, §. 20. *I. de Action.* 4. Denique ratione *effectus*, quæ effectum realium (eo ipso quod contrà possessores dantur,) participant, cujusmodi actiones *in rem scriptæ*, quod metus causa &c. it. actio de pauperie, dejecti & effusi, noxalis, ad exhibendum, aquæ pluviæ arcendæ &c. Hic autem mixtæ intelliguntur ratione causæ efficientis, cujusmodi sunt lib. X. actio finium reg. comm. divid. famil. ercisc. & *h. lib.* petitio hæreditatis, *d.* §. 20. *junct. l.* 3. *C. de petit. hæredit.*

Quæ judicia personalia.

Quid jus ad rem.

Quæ mixta judicia.

N. V. *Legitima controversia*) Supponendum hîc est ex principiis politicis; tum quod Judicium sit verum ac vivum juris ac justitiæ exercitium, nec particularis modò, verùm & universalis; tum quod in eo exercendo & Leges & Magistratus officium concurrant. Etenim ad justitiam in Remp. inducendam, & Legibus opus est, ad civitatem certo jure fundandam, & Magistratibus ad leges executioni mandandas, *arg. l.* 7. §. 1. *de I. & I.* Utrique ergo judicia accommodata sunt, per hæc enim, ut dixi, *Magistratus legum jussa* exequitur. Cæterùm dici quoque potest judicium legitima causæ tractatio, coràm judice à litigantibus instituta, ut ejus sententia lis finiatur, *arg. c. forus, de V. S. l.* 1. & 2. *de re judic.* Aristoteli judex dicitur *φύλαξ τοῦ δικαίου καὶ ἴσου* 5. *Eth.* 10. & Judicium, (quod omnium in civitate summè necessarium, pro utilitate & justitia contrahentium 7. *Pol.* 8. *junct.* 2. *Reth.* 1. ut etiam *justè* in Rep. vivatur.) Eidem est *κρίσις τοῦ δικαίου καὶ ἀδίκου*, justi & injusti dijudicatio, *d.* 5. *Eth.* 10. Justum autem & injustum cum latè se diffundat, judicium quoque uniusmodi esse nequit. Unde Callistratus *l.* 5. *de var. & extr. cogn.* in judiciis dicit, agi aut de *muneribus & honoribus*, aut de *re pecuniaria*, aut de *existimatione*, aut de capitali crimine: Cic. *pro Cæcin.* omnia judicia aut aut distrahendarum controversiarù,

Judicii princ. polit. gener.

Quid sic.

Quid sec. Aristot.

aut puniendorum maleficiorum causâ recepta esse, h. e. forensia negocia esse vel civilia, vel criminalia. Latiùs adhuc recenset octo judiciorum genera (quatuor de publicis, & quatuor de privatis) quamvis diversarum Rerump. Aristoteles 4. *pol. ult.* I. *de rationibus reposcendis s. pecuniis repetundis.* Cujusmodi Romanis fuit de illis, qui in administratione officii publici constituti pecuniam acceperunt, ut officium impertirentur, aut ut contra officium facerent, *l.* 1. *l.* 4. *ad L. Jul. repet.* Quod crimen vindicabatur lege Calphurniâ, Aciliâ, Serviliâ, Liviâ, in primis Juliâ à C. Julio Cæsare, §. 11. *de publ. judic.* II. *de bonis publicis*, v. c. si qui publicam pecuniam furati sint, quod punit L. Julia peculatus. §. 9. *de publ. judic.* III. *de crimine contra statum s. læsæ Majestatis*, quando quis contra Remp. quibuscunque modis, aliquid dolosè molitur. Exempla sunt *in l.* 1. *& seqq. ad L. Jul. Maj.* IV. *de mulctis & pœnis magistratuum in privatos iniquis* ex quo conveniri illi possunt coràm superiori interdum injuriarum, *l.* 32. *de injur.* V. *περὶ τῶν ἰδίων συναλλαγμάτων, de contractibus aliisque causis privatorum, magni tamen*, de nuptiis, testamentis, tutelis, & similibus. Quo referri possunt quæ & *συναλλαγμάτων ἀκουσίων* 5. *Eth.* 5. h. e. ex delictis. VI. de *homicidio*. Quo nomine apud Athenienses celebrabantur IV. insignia judicia criminalia. I. Areopagus, de homicidio ex proæresi. II. Palladium, de homicidio casuali. III. Delphinium, de eo, an jure facta sit cædes. IV. Phreattium, de cæde iterata; confer Joach. Stephani *de jurisdict. Græcor. l.* 2. *c.* 8. *n.* 13. 14. 15. 16. 17. VII. *de peregrinitate*; cujusmodi olim Romanis fuit Prætoris peregrini, hodie multis in locis das Gastgericht / Gastrecht. VIII. de *parvis contractibus.* Ex Miletii autoritate apud eundem Arist. 2. *pol.* 8 judicia dicuntur esse de injuria, de damno, & cæde. Cæterùm quamvis Romani eodem planè modo judicia non diviserint, res ipsa tamen illis ferè eadem fuit.

Ejus octo genera explicata.

Quatuor crim. judic. Athen.

N. VII. *Hodie lis contestari dicitur*) Litis contestationem *olim tantùm testato factam esse, non verò sponsione aut sacramento, licet partes aliquando ita se provocaverint, rectè docet Bach. h. h.* Formulâ enim conceptâ & judice dato pedaneo, litigantes abeuntes à Prætore, mutuò sibi & testatò denunciabant, ut in diem perendinum se apud datum judicem sisterent, & ita dicebatur fieri litis contestatio, judicii commissio, constitutio. Hodie illa fit rei ad actionem propositam responsione, *l.* 14. §. 1. *C. h. t.* & definiri potest, *negotii principalis narratio, apud competentem judicem, cum petitione instituta*, data ad eam responsione judiciali, animo litem contestandi, (ut judicium committatur, constituitur) *arg. l. un. C. de lit. cont.* Dividitur inter alia in *affirmativam & negativam*; Et quin à parte actoris affirmativa sit litis contestatio indubium est, sed de reo id negat Bach. *ad Tr. disp.* 1. *asth.* 2. *C.* 1. *quod propter objectionem exceptionis affirmativa non videatur induci litis contestatio.* 2. *quod pugna & contradictio esse debeat inter actorem & reum, quæ non fiat objectâ exceptione.* Verùm contrarium rectè statuit Sichard. *ad l. un. C. de lit. contest.* Gœddæ. *ad l.* 36. *de V. S.* & Dd. comm. Nam 1. litis contestatio fit per narrationem negotii utrinque factam, *d. l. un. l.* 2. *C. de jur. propt. cal.* Jam verò reus id narrans, vel *simpliciter negat* se debere aut actori jus esse, & negotium dicitur litis contestatio negativa, estque contradictio: aut *hoc non negat sed affirmat*, & vel simpliciter confitendo, vel non confitendo simpliciter, sed allegat transactionem aut pactum esse interpositum, vel subsecutam solutionem, &c. & tum affirmativè litem contestatur, *arg. l.* 9. & *l.* 8. *C. de except. d. l.* 2. *C. de jurejur. propt. calumni. dand.* 2. facit huc *l.* 11. *de judic.* Ad Argumentum Bachii primùm respondetur, *utique per oppositam exceptionem adversus negotium principale*

Litis contestatio alia affirm. alia negativa.

Etiam quoad reum contra Bachov.

parte affirmativâ fieri litis contestationem, arg. d. l. un. C. de lit. contest. licet qui ita excipit, etiam neget petita actoris fieri debere, cum exceptio sit actionis competentis exclusio, l. 2. de except. Ad Secundum reponitur, *contradictionem & pugnam subesse inter Actoris & rei petitionem; si simpliciter seu directò negetur actio, directam. si sub conditione, implicitam. Neque tamen id semper opus esse, arg. d. l. un. quia quando reus simpliciter affirmat, non minus est judicium, adeoque subest litis contestatio.* Nec impedit quod Bachov. in not. *ad n.* 14. ait, se non dubitare, quin hoc prorsùs falsum sit, affirmatione intellectâ simpliciter, quod contradictio requiratur, *l.* 14. §. 1. C. *h.* Nam *forma lit. contest. est in narratione negotii principalis, & rei ad id facta responsione, d. l. 2. junct. l. un. C. de lit. contest. Atqui reus vel simpliciter affirmans actionem propositam, dicitur respondere ad narrata actoris. E. etiam tunc est litis contestatio. Nisi quis diceres tunc judicium esse sine litis contestatione. Quod si reus sub conditione affirmet actoris intentionem, pacto v. c. allegato, tum nihilominus adest affirmativa litis contestatio, negativam implicitam habens. Reus enim haud negat simpliciter*, sagt nicht daß er der Klag nicht geständig/ *sed negat prout narratur & petitur*, ist der Klag einmassen die vorbracht nicht geständig. *Et in d. l. 14. §. 1. C. h. t. mentio saltem fit unius modi, quo sc. negando vel affirmando sub conditione in modum contradictionis fit litis contestatio; cui & affirmativa simplex, ex textib. generalibus d. l. 2. C. de jurejur. propt. cal. & l. un. C. de lit. contest.* est addenda. *Confundit quoque Bach. cum lit. cont. replicationem actoris negantis v. c. pacti exceptionem.* Lucem quoq. hæc capient ex singulari capite *de lit. contestatione, an & quatenus pro statu causa sit habenda*, nostri discursus de statibus legum causarumque judicialium, mox edendi.

Civilia judicia quomodo expediantur.

N. VIII. *Civilia civili jure*) Verùm juris principiis vix convenit, quod 1. civilia judicia jure & legibus expediantur, & id fiat officio judicis mercenario, 2. in prætoriis vivâ magistratus voce & nobili officio. Nam & criminalia judicia jure & legibus expediuntur, *arg. t. t. ad L. Jul. Majest. L. Jul. de Adult. t. t. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. & seqq.* Neque civilia solùm mercenario officio & instituta actione perficiuntur semper, sed & quandoque ex officio nobili, *arg. l. 4. §. 4. de damn. infect.* idemque & prætoriis commune est.

Civile & crim. judicium dicitur trib. modis.

Cæterùm quid sit judicium civile & criminale, non convenit inter Dd. (1) strictiùs dicitur civile judicium *ratione objecti*, quod est de causis seu negotiis civilibus, ex jure in re & jure ad rem seu obligatione; extra tamen illam, quæ ex delictis oritur: cui opponitur criminale, quod ex obligatione ex delictis, adeoque de causis criminalibus: quomodo hic sumitur, & est vel privatum vel publicum, h. e. de delictis privatis vel publicis, de quibus in lib. XLVII. & XLVIII. (2) Ratione *intentionis & finis*, quomodò civile, in quo agitur ad privatum commodum & interesse pecuniarium; Criminale, quoad vindictam publicam, puta vel ad pœnam corporis inflictivam, vel pecuniariam, sed fisco inferendam, *arg. §. 10. I. de injur. junct. l. f. de injur. l. ult. de furt.* Conf. Camill. Borell. *summ. dec. p. 18. 42. n. 11.* Sigism. Scacc. *de jud. lib. 1. c. 6.* (3) *ratione causæ efficientis.* Et hoc modo civile est judicium (1) latè, ratione approbationis, quomodò & Prætoria judicia civilia sunt, *arg. l. 7. de I. & I.* (2) strictè, ratione introductionis; quomodo civilia judicia, quæ ex legibus, Senatusconsultis, Plebiscitis descendunt, *arg. d. l. 6.* Prætoria verò, quæ ex jurisdictione Prætoris, vel ratione introductionis vel extensionis, §. 3. *I. de Action. l. 25. §. 2. de O. & A.* Et hæc non distinguens Bachov. *in not. h.* malè *in versic. nec vitiosa minus*, improbat. Wesenb. *h. loc.* subjiciens circa finem: *hæc defendat qui potest.* Suis enim illa constare principiis nullus dubito. Conf. not. *supr. n. 1. 2. & 3.* In Cam. Imp. judicium criminale dicitur, quod pœnam corporalem annexam habet, so Leibs Straff auff sich trägt. de quo vid. Besold. *de process. judic. c. 2. th. 1. in fin. annex. post thesaur. pract.*

Quid judicium petitorium. Unde æstimetur.

Porrò *Petitorium* judicium est, ubi *ex dominio vel alio jure in re agitur, arg. l. 36. de R. V.* Æstimatur hoc ex duobus *1. objecto*; quod res petatur; unde qui petitorium vult instituere, requirere debet, an is cum quo vult agere, rem possideat, *d. l. 36.* 2. *causâ petendi*, quæ hic est omne jus in re, exceptâ possessione. Hinc petitorium judicium non modò est rei vindicatio, sed & hypothecaria, Publiciana, & aliæ reales, quæ ex jure aliquo in re præter possessionem sunt, & contra possessorem competunt. Et quamvis etiam in petitorio agatur de possessione, *arg. l. 10. l. 17. 20. & pass. de R. V.* tamen hoc saltem incidenter fit, non principaliter.

Quid possessorium.

Contra *Possessorium* judicium est, quod intenditur *de possessione*, sive adipiscenda, retinenda, vel recuperanda, *per l. 14. §. fin. de except. rei judic. junct. Gl. in l. fin. C. qui legit. pers.* Besold. *d. tract. th. 3.*

Hæc divisio est saltem judic. realium, non personalium.

Dissentiunt nonnulli, divisionem hanc etiam personalibus actionibus accommodantes 1. quod interdicta quædam personalia sint. 2. quod & in personalibus impropriè petitio sit. Verùm Resp. ad (1) interdicta dici possessoria non quà personalia, sed quà in illis possessio vertitur, *d. l. 14. §. fin. de except. rei judic.* quod de personalibus quà talibus prædicari nequit. Ad (2) respondent ipsi dissentientes, peti quid in actione personali impropriè, *arg. §. 1 I. de A.* petitionis enim vox licet generalis sit, in specie tamen prædicatur de reali actione, *l. 178. §. 2. de V. S.* Add. tamen Frid. *de interd. c. 1. n. 72. & seqq.*

Judicium & vindicta est magistratus.

N. XV. *Non suo privato*) Lites enim per magistratum, judicem, publicè ad id constitutum decidi debent, vid. Arist. 6. *Pol.* 8. 1. *Reth.* 1. eoque tendunt pœnæ eorum, qui propriâ sibi authoritate jus dicunt, *l. 13. quod met. caus. l. 7. C. und. vi. l. 7. C. ad L. Jul. de vi publ.* Atque hoc verum esse de jur. civ. planè indubium est, propter textus disertos *in l. 14. C. de judic. l. 35. §. 5. ad L. Jul. de adult. l. 9. C. de O. & A. 2. F. 33. O. C. p. 2. t. 9. 10.* Ern. Cothm. 2. *resp.* 58. *n.* 95. De jure nat. id negat Grot. *de I. p. & b. 2. c. 20.* statuens vindictam privatam haud esse illicitam. Contrarium verò rectiùs docet post Sot. Valentiam & alios Molina *de I. & I. tr. 12. disp. 22. tom. 1. & tr. 3. disp. 6. n. 1. tom. 2.*

Etiam jure naturali.

Vindicta enim & punitio sontium natura est ejus qui præest, non subjecti; vid. Arist. *d. loc. & 4. pol. ult.* at privati in societate civili subjecti sunt, Ideoque nulla ipsorum vindicta est. Cæterùm aliquando seipsum vindicare pro illicito non est, *l. un. C. quand. lic. unic. sine jud.* 1. propter injuriam continuò propellendam, quod fit retorsione juris iniqui, aut injuriarum. 2. propter urgentem necessitatem, pro defensione salutis publicæ vel privatæ, 3. aliquando propter jus conjugalis vel dominicæ potestatis, *l. 24. pr. ad L. Jul. de adult. l. 4. C. eod. t. t. C. de emend. servor. l. 6. §. 3. de sen. silan. & c.* Idque extra ordinem.

Actor sequitur forum rei, excepta actione ex l. diffamari.

N. XVI. *Actorem sequi forum rei*) Excipitur ab hac regula inter alia *judicium diffamationis*, nam diffamatus licet reus sit (ratione causæ principalis, si contra ipsum proponatur) privilegium habet impetrandi citationem *ex l. diffamari, C. de ingen. manu.* in suo foro adversùs diffamatorem, ut veniat in hoc & diffamationem probet: vel sustineat perpetui silentii impositionem. Dico in judicio diffamationis, nam in hoc diffamatus producit implorationem officii judicis pro impetranda citatione, atque ita dum provocat, actor est. In judicio verò principali actor est ipse diffamator, cum & diffamando provocet, & proponere teneatur causam principalem, ideoque

debeat

debeat probare. Gail. 1. *obs. 9. & seqq.* Besold. *d. tr. th. 5. lit. gg.* Licet itaque videatur in causa diffamationis inverti regula prædicta, tamen hoc verum non est quoad causam principalem: in hac enim diffamans actor est & diffamatus reus. Ille ergò & hic hujus forum sequitur. Neque hactenus quid novi est. Etsi verò diffamatus, in judicio diffamationis sit actor, & provocet ad judicem suum, eum qui diffamavit petendo citari ad suum forum, non tamen ille agit, neque reali neque personali actione, sed tantùm petit rogatq; promoveri actionem diffamantis coram judice instituendam, ad quam iste diffamando provocavit. Illud tamen difficultatis manere videtur, 1. quod aliud sit Citatio judicis diffamati directa ad judicem diffamantis, aliud Rogatio ut comparere diffamantem jubere velit, 2. quod ille citet sub pœna perpetui silentii citato imponendâ, si non compareat; cum hæc talia sint, quæ non nisi ab eo proficisci queunt, qui in citatum jus imperandi habet. Igitur satius fortè fuerit, si diffamati judex non citet vi jurisdictionis, sed roget ut jubeat diffamantem comparere, & ni hoc faciat, ut ipse (non diffamati sed diffamantis judex) illi silentium imponat, cum imperium in ipsum habeat. Quamvis reponi possit, si diffamator ab aliena vixerit jurisdictione, eum non nisi in subsidium juris, per literas rogatorias fore citandum, *l. 1. §. 2. de req. reis.* Mund. *ad l. diffamari, C. de ing. man. c. 5. n. 180. & seqq.* Conf. Bach. *ad Tr. vol. 1. disp. 12. th. 16. lit. C.* Dn. Mev. *p. 1. dec. 144.* Remedio ex *d. l. diffamari* simile est alterum, contra eum qui nobis verisimiliter exceptionem poterit opponere, *ex l. si contendat, de fidejuss.* vid. Contard. Blarer. Mund. *ad d. l. diffamari.* Cæterùm Forum hic significat *locum ubi judicia exercentur.* Exercentur autem illa & *à magistratu*, & *à litigantibus*: ab illis activè, ab his passivè: Indeque quando quæritur, an forum competens sit necne, ex utriusque persona id dijudicandum est. Judex forum competens habet, si limites quibus circumscripta est ipsius jurisdictio, observet. Limites autem illi circumscribuntur quoad personas, causas, locum & ordinem. Inter litigantes forum æstimatur *ex persona rei*, indeque regula est, Actor *forum rei* sequitur, *l. 2. C. de jurisd. omn. judic.* Idque post distinctas jurisdictiones, naturaliter fieri censemus; cum actoris sit intentionem suam proponere, quod in foro suo facere non potest, ubi reus nec comparebit, nec patietur executionem, nisi forum commune habeant. Et alioquin contingeret ut reus subinde in longinqua loca, cum magna molestia evocaretur & vexaretur. Cumque rei sit depellere l. excipere, vel naturalis ratio suadet, periculum facere & experiri prius debere in legitimo hoc conflictu actorem, cui utique reus ubi est vel moratur, ceu hostis, quærendus, ut se sistat. Nequaquam verò hujus Ratio vel causa est, quod executio contra ipsum fieri queat saltem in ejusdem loco. Sed sufficit si ibi conveniatur ubi ipsi imperari potest. Nam executio quandoque fit in subsidium in loco illo quo bona habet sita. Sortitur autem forum reus vel jure communi (ordinario) vel ex privilegio & jure singulari. Ex jure communi V. modis, ratione *domicilii*, *ex contractu*, *delicto*, ratione *rei sitæ*, & ob *causæ continentiam.* Domicilium hic est *jus quo quis communiter utitur cum reliquis civibus civitatis alicujus.* Est autem duplex *naturale & accidentale.* Illud quod naturaliter tribuit ex loco quo quis nascitur. Hoc vel *necessarium est* (ut locus in quem quis relegatus, *l. 22. §. 3. ad municip.*) vel *voluntarium*, aliàs Habitationis, Domicilium in specie sic dictum, æstimatur ex loco in quo quis habitat animo ibi perpetuo consistendi, nisi quid avocet, *sec. l. 7. C. de incol.* Olim licet quis deserebat locum nativitatis, tamen non tollebatur forum naturale quoad munera patrimonialia, sed tantùm quoad jurisdictionalia. Hodie verò effectus domicilii originis per mutationem ejusmodi planè admittuntur, Gail. 2. *obs. 36. n. 5. & 6.* Ratione habitationis forum sortiuntur nonnulli ex persona propria, alii ex persona aliena. *Ex sua & propria persona* qui animo consistendi alicubi habitant. Domicilium enim in specie seu Habitationis, consistit in duobus, (1) in habitatione seu commoratione. (2) in animo ibi commorandi, seu ut sedes ibi sit constituta, *arg. l. 7. C. de incol. l. 26. de captiv. & postl. revers. l. 27. §. 1. ad municip.* Animus autem hic apparet vel expressè vel tacitè. Illo modo ubi quis acquisivit jus civitatis, da einer verbürgert oder Erbhuldigung geleistet/ Häußlich und beständig gesessen ist. Hoc modo (1) si quis ea faciat quæ cives ibi facere solent, *l. 27. §. 1. ad municipal.* Conf. Gail. 2. *obs. 35. n. 8.* (2) ex ordine & conditione personæ, ut si quis alicubi sit miles vel senator, *l. 22. §. pen. l. 23. §. f. eod.* Hinc incolæ, h. e. qui in civitate ex aliquo loco recepti sunt, non minus ac originarii in loco habitationis conveniuntur, Gail. *d. obs.* 45. Secus autem est (1) in studiosis, (2) quia ea conditione alicubi habitant, ut tantùm ratione negotiorum contractorum forum ibi sortiantur, ut ferè faciunt Nobiles in civitatibus habitantes: (3) in Syndicis & officialibus, Consiliariis item magistratuum & Imperialium civitatũ, quia illi non ratione originis vel juris civitatis, sed tantum quoad officium und durch Endespflicht/ Dominis suis sunt obligati. Vid. Besold. *d. tr. c. 1. th. 9.* Hic *de Nobilibus illis quæri solet, qui in alio etiam territorio bona immobilia* Landgüter *habent, an etiam in illo conveniri possint.* In Elector. Saxoniæ vasalli & alii qui quoquo modo in provincia sedent und alda nur eine zeit fewr und Rauch halten/ etiamsi alibi domicilium fixum habuerint, etiam quoad personalia in curiali judicio conveniuntur, Berlich. *pract. conclus. p. 1. concl. 3. n. 7. & seqq.* Contra vasallos in Princips alicujus territorio bona habentes, non conveniri posse coràm illo Principe nisi ex contractu feudali, cum Wesenbec. *vol. 1. cons. 1. n. 57. & cons. 78. tom. 2. n. 12.* statuit Dn. D. Schraderus *disp. inaug. de for. compet. th. 84.* eoque ait respicere die Fr. Br. Hoffgerichts Ordn. *t. 25. in.* deßgleichen alle Personen/ so von uns belehnet und häußlich auff dem Lande oder in Städten unsers Fürstenthums sitzen / und Leuten zugethan sind. Idem tamen secus esse putat in iis, qui illi Principi in cujus territorio bona habent, insuper homagio sunt obligati. Quod statuit quoque Besold. *d. tr. de process. judic. c. 1. th. 9. lit. P.* v. g. inquiens, Nobilis aliquis Suevus in Bavaria habet bona immobilia, hic in Bavaria conveniri potest, etiam ratione contractuum, quos alibi, in Suevia puta, aut ubicunque celebravit, si scil. & in Bavaria præstitit homagium, secùs si non præstitit. Ratio est, quia die Landsasserey facit aliquem subditum & civem, per homagium, durch die Landhuldigung/ induci solita. Adeoque distinguere videtur Besoldus *d. loc.* inter illos qui diversis in locis bona habent immobilia, *utrum præstiterint homagium, an verè juramentum fidelitatis tantum* die Lehnpflicht/ *aut juramentum officii*, die Amptspflicht. Certè quoad *res ipsas* hoc dubium non habet, quin ratione situationis ibi forum sortiantur; *Etiamsi autem idem quoad contractus obtinere dicatur; tamen hoc quoque ad actiones ratione bonorum & jurisdictionis, v. c. in Suevia existentes, non extendendum putaverim, ne jurisdictiones ad invicem confundantur.* Nisi fortè aliud consuetudine obtinuerit, ut in Camera Electorali Brandeb. scio pronunciatum anno 1655. d. 12. Jan. verbis: In Sachen R. B. von L. und dessen Cessionarien D. I. und I. C. P. Z. V. an einem: entgegen und wieder I. F. und I. C. Gebrüdere die B. von L. beklagte am andern theil/ Gebē die Churfürstl. Brandenbr. Cammergerichts

Præcipue Habitationis.

Qui ex sua persona habeant. Unde id æstimetur.

Exceptiones.

Q. de nobilibus in pluribus ditionibus habentib. immobilia.

Ex l. si contendat

Quid hic forum.

Regula.

Forum rei aliud ex jure communi.

Res domicilio.

4. ex re sita.

modis seqq. IV. Sortitur quis forum ratione *rei sitæ* in illo loco *ubi res est*, licet ibi non habitet, *l. ult. C. ubi in rem c. fin. de for. compet.* Idque verum est (1) in rebus

Immobili

immobilibus: (2) quæ pro immobilibus habentur, sive corporales sint, ut si quis merces in aliquo loco & institorem habeat, sive incorporales, ut annui reditus, Jurisdictio &c. Besold. *d. c. 1. th. 10. circ. fin. & lit. s. th. 11.*

Mobili

& lit. G. (3) etiam in mobilibus, *l. f. h. l. 14. §. ult. l. 38. de jud. l. 10. de R. V.* Az. Acc. *h. l.* Sich. *n. fin.* Vult. *n. 19.* indistinctè, quod usu receptum testantur. Contra id asserit tantùm delatis in locum *ut ibi maneant*, Petez. *in d. l. f. C. ubi in rem n. 2.* non in depositis. Quomodo in Collegio nostro Jund. anno 1644. d. 18. Nov. ubi res depositæ in civitate B. erant præclusæ, juxta dictam Vultei sententiam memini pronunciatum *& anno 1600. d. 11. Jun. ut p. seq. patebit.* Quamvis etiam Cujac. *par. C. ubi de hered.* putet hoc (*forum rei sitæ*) obtinere non aliter quàm si reus conventus ibi quoque inveniatur, idemque sublimiter Besold. *d. th. 16.* tamen contrarium indistinctè verius est, per *d. l. 14. §. ult. l. 38. h. t. arg. d. l. f. C. ubi in rem l. 10. de R. V. junct. l. 12. §. 29. de instr. & instr. leg.* quod frequentius obtinuisse testatur Mynsing. *c. fin. §. fin. de for. comp. n. 36.* (4) non modò in singularibus, sed & universalibus: Nam & hæreditas ibi rectè petitur ubi sita est, *l. 29. §. f. de inoff. test. l. un. C. ubi de hered.* frustra dissentiente Donello *17. comm. 17.* Idque sive petitorio agatur judicio, hæredit. petitionis, sive possessorio, quorum bonorum &c. Vid. Besold. *d. c. 1. th. 12. lit. X.* Non aliter autem in foro rei sitæ prædicta obtinent, nisi de *rebus ipsis* per se agatur, vel *ratione possessionis*, adip. ret. vel recuperandæ, *l. un. C. ub. de poss.* vel juris in re alterius, judicio petitorio seu actione reali, *d. l. 38. h. t.* Si tamen ordinariâ actione agatur, quin reus etiam invitus in loco domicilii, rei controversæ nomine conveniri possit, non dubitandum est, quamvis ab hac receptâ sententia primus recesserit Donell. *d. 17. comm. 17.* Ceu ratione hæred. petitionis in loco domicilii instituendæ pronunciarunt Dn. Antecess. Facult. Lubecam Georgio Rantzowen 11. Jun. anno 1600. verbis. ob wol Hans Lewe/ der in Holstein geboren / drey meilen von Dantzig ausserhalb des Rahts daselbst jurisdiction entleibet / einen grossen theil seiner Baarschafften vnd beweglichen Güter bey Moritz von Petow daselbst custodiæ causa vnd in deposito gelassen vnd nidergesetzet, das dennoch seins Hans Lewens Person/ domicilii, locorum immobilium &c. vnd ferner beschaffenheit nach / der Raht zu Dantzig des Streits über die Verlassenschafft judex competens nicht sey / noch sich in diesem fall dafür erklären möge / sondern diese sach auff dem Lande / woselbst Hans Lewe Seel. tempore mortis sein domicilium gehabt / müsse angestellet / vnd außgeführet werden

Quid sentiendum de privil. de non evocando.

V. R. W. Neque autem pro rei sitæ foro officit privilegium de non evocando, quod plures civitates habent, civibus suis datum, Nisi non modò personis eorum, sed etiam quoad eorundem res ubicunque sitas indultum fuerit, Dn. Mevius *p. 3 decis. 118.* Habent privilegia ejusmodi hodienum plurimæ civitates inferioris Saxoniæ, ut Goslaria, Magdeburgum, Brunsviga, & similes, eoque si cives eorum extra suam civitatem conveniuntur, subinde opponere solent. Sed qualia illa sint diligenter advertendum est. Cæterùm ad hoc forum rei sitæ pertinet & *forum ratione arresti*,

5. ex continentia causarum. Forum rei

Dn. Mev. *de arr. c. 25. n. 15. & seqq.* V. Denique ob *continentiam causarum* fundatur forum, de quo *infr. ad t. de quib. reb. ad eund. jud. eat.* Et tantùm de foro com-

Aliud privilegiatum.

muni *Privilegiatum* forum sortitur reus, ex princip. justi singularibus, vel *ratione personæ* vel *ratione causæ*. Priori modo sunt 1. *personæ quadam illustres*, *sec. l. fin. C. ubi sen. vel clar.* quales in criminalibus non nisi apud Principem, vel quibus is commisit accusantur. (2) *Clericus*, qui coram judice ecclesiastico conveniri debet, *c. 8. c. 12. de for. compet.* nisi ratione rei sitæ actio moveatur, Gail. 1. *obs. 37. n. 44.* (3) Germanico jure Laici nonnulli, ut *Imperator* coram Palatino, *A. B. c. 5. §. fin.* *Electores & status Imperii* coram Austregis. *O. C. p. 2. t. 2. & seqq.* nec non quidam privati, ut *Profess. & Studiosi d. auth. habita C. ne filius pro patre. Pupilli, quoque viduæ & miserabiles personæ* quales extra provinciam evocari nequeunt, & alios coram suo principe conveniunt, *l. un. C. quand. Imp. inter pupill. vid. tamen* Gail. 1. O. n. 46. *Carpz. 2. resp. 19. Milites*, coram magistrato militum *l. 9. de custod. reor. l. 6. C. de jurisd. omn. jud.* Denique *Legatus*, qui jus revocandi domum habet, in his quæ fecit ante legationem, *Nov. 123. c. 26.* Posteriori modo locus est fori privilegiato (1) in causis spiritualibus & Ecclesiasticis, *c. 3. de judic.* quo spectant hodie *judicia Consistorialia in hocce & aliis Ducatibus Principum Augustana confessionis arg. c. 3. de Judic. Mynſ. 1. O. 100.* (2) in causis *fiscalibus*, de quibus cognoscebat Procurator Cæsaris vel rationalis, *l. 2. C. ubi de caus. fisc.* Hodie ea pertinent ad fiscalem eo nomine constitutum, fiscal oder Ambtsantkläger. Vid. *O. C. p. 2. c. 20.* (3) in causis *status, l. 1. C. ubi caus. stat.* (4) in *feudalibus*, de quibus dominus feudi vel pares curiæ, *2. f. 55. §. 1.* (5) in causis *Ducatus, Comitatus*, ubi quidam invicem de feudo imperii litigant, Gail. 1. *ob. 1. n. 31. & obs. 29.* Petr. Frid. *de process. lib. 1. c. 19. n. 8.*

Præter dicta vero causas fori communis nō sunt alia.

Nonnunquam etiam ex aliis) Sed has causas non esse diversas, rectè etiam animadvertit Bach. *in not.* Quippe *l. 61. h. t.* pertinet ad forum contractus, quod mulier tacitè excipere censeatur, se non velle agere pro repetenda dote in loco dotis contractæ, sed domicilii mariti. In specie *l. 42. eod.* si uxor à legato divortium faciat Romæ, vit defenditur dotis nomine in eodem loco, ex tacito contractu aut distractu divortii. Multò magis autem locus est foro contractus, si sponte se alienæ jurisdictioni litigatores submittant sc. per prorogationem, *l. 47. § 1. h. t.*

In electione actoris) Quod verum quod ad forum commune, secus in privilegiato, *l. cum clericus C. de Episc. & cleric.*

Absens in loco contr. convenitur.

Ex re tamen domo) Q. est, *an in loco contractus conveniri possit inibi non deprehensus, s. absens*? Quod negat Wesenb. h. (1) *per l. 19 h. t.* (2) *quod declinare possit forum, cum remissio in contractibus non obtineat. c. 1. §. contrahentes de for. comp in 6.* (3) *quod conventus habeat privilegium domicilii, l. 18. de in jus voc. præsertimque extra provincias trahatur, Nov. 53.* (4) *quod tempore citationis non constet de contractu, utpote nondum probato.* Verùm distinguendum inter jus civile & Canonicum. Illo indistinctè verum est, reum conveniri posse in loco contractus, sive ibi reperiatur sive non, *l. 19. §. 1. & 2. h. t.* Secus est jure Canonico, ut probant Dd. *per d. c. 1. §. contrahentes.* Gail. 2 *obs. 1. n. 4. & obs. 36. n. 14. de pign. c. 14. n. 4.* Et ad (1) respondetur cum Gl. *in d. l. 19. quod illa l. 19. §. 1. & ult. loquantur generaliter, ideoq; ita debeat intelligi, indeque explicandum pr. vel ibi subintelligenda particula* maximè *cum Gl.* Ad (2) *quod etiam citra remissionē contra absentem procedi possit. Si enim in loco contractus bona habet potest actor petere immissionem ex contumacia, l. 2. quib. ex caus. in poss. eat. Si non* ibi, sed in domicilio suo, *cum judex contractus de causa cognoscit & judicat, quod per literas mutuis compassus re judicatę judex domicilii exequitur, arg. l. 15. §. 1. de re iud.* Quod itaque habetur in d. §. *contrahentes id ex jure Canonico est nec cum jure civili confundendum. Porrò* (3) *l. 18. de in jus voc. ad citationem quæ fit à magistratu, non pertinet, sed ad veterem in jus vocationem, quæ quandoque fiebat per raptionem.*

nem. Vid. Mynsing. 4. ob. 69. nec opus, ut conveniens in loco contractus ex loco domicilii eo contrahatur, aut ibi exhibeatur. Denique (4) supponimus hic ut de contractu aperto constet, per instrumentum obligationis, vel alio etiam modo, sci ut quis in foro contractus rectè conveniatur.

TITULUS II. C. 3. 28.

De inofficio testamento.

1. Continuatio.

His ergo summatim præmissis, ad vendicationes deveniamus: quæ prout res ipsæ multiplices sunt: ut enim aliæ res corporales, aliæ incorporeæ, quædam singulares, nonnullæ universitatis censentur: ita varia constituuntur, multisque modis diversa de his judicia. Sed quia universitas potior est rebus singulis, sicuti totum suis partibus, primò de judiciis universalibus videamus. Ea vero sunt illa, quæ ad petendam hæreditatem proponuntur.

2. Querelam inoff. & petitionem hæreditatis, universalia esse judicia.

Nam hæreditas, cum plurimas res, partim in corpore, partim in jure positas complectatur, *l. 1. sup. de rer. divis.* & augmentum diminutionemque recipi, *§ si injus. per quam perso. nob. acqu. vide Cujac. ad l. C. de eden. l. 1. ff. eodem.* De hac, aut per Querelam inofficiosi testamenti aut petitionem hæreditatis, disputari ferè consuevit. Querela inofficiosi, commiseratione ex hæredatæ injustè familiæ est indulta, & lege Glicia, ut putatur, inducta, *l. 4. h. t. Cujac. obs. lib. 5. ca. 2.*

3. Qua ratione, & ex qua causa introducta sit querela.

Nam quia parentes interdum sine justa causa, novercalib. forte delinimentis, aliisque, odiis instimulati, liberos suos exhæredant, sanguini suo contra legem naturæ, quæ ad successionem liberos vocat, *l. scripto fin. ff. unde lib. l. cum ratio 7. de bo. damn.* injuriam inferentes, placuit ut de inofficioso testamento liberi agere possint: qui quæruntur, eoque & contra officium pietatis se esse exhæredatos. Dico Exhæredatos, eoque verbo etiam Præteritionem materiam, cæterorumque cognatorum complector: quia pro exhæredatione habetur *§. fin. Instit. de exh. liber.* Porrò præteritio paterna non eget hujus querelæ, cum pro jure testamentum annihilet: quasi liberis contra legis dispositionem, & oblivione potius quam consulto prætermissis, *eodem tenul. Instit. de exh. lib. ubi vide alias rationes non nostras scholiis & ensf. de lib. & posthum.* Quod autem nullum est, frustra rescindi petitur, *l. 5. de injust. rupt. test. l. decem. 116. de verb. oblig.*

4. Definitio hujus actionis.

Est itaque Querela, ut ad rem redeamus, imploratio officii judicis, qua quis accusat scriptum testamentum: quia scilicet illo contra officium pietatis, & sine justa causa exhæredatum dicit, petitque illud, ut injustum, rescindi, *l. Papinianus 8. §. si quis terrenum 12. & §. fin.* Propterè enim neque Actio est, quia non persequitur jus agentis: nec Accusatio, quia non persequitur pœnam: sed querela quædam judicis officio petens testamentum rescindi, ut aditioni hæreditatis ab intestato, rescisso testamento, aditus pateat, *Bart post gloss. gl. in l. posthumus § 1 nu. 3 h. t. & in l. § si minor. num. 2 & 3. de jurejur. gloss. Inst. & alius in Rubr. C. eod.*

5. Petitionem hæreditatis cum hac cumulari.

Huic enim actioni adjici solet, & adjungi petitio hæreditatis, hoc modo, ut quis rescisso testamento, petat se hæredem declarari, sibique adjudicari hæreditatem, *l. qui de 50. ubi gloss. & Bart. h. t.* ac puto olim ad quoque usitatum fuisse: *d. l. 8. §. quoniam in verb. non totam debeo hæreditatem petere l. major. 19. §. 1. l. qui repudiantis 17. l. cum qui 21. §. idem hoc tit. l. si quis filium 34. C. eod.* cum dicat *J. C. d. l. Papinianus §. fin. hoc titul.* hæredem fore eum, secundum quem pronunciatum est. Neque sane hoc novum est, nec adminuendas lites inutile, ut una cum actione seu imploratione officii Rescissoria simul detur, eique adjungatur actio, quæ post rescissionem erat competitura, frustra enim in plura judicia dividitur, quod uno potest expediri, *Jas. in , rursus, num. 8. 1. 86. Inst. tit. de actio. dicens hanc esse communem vide gloss. in l. 1. ad verb. necessaria inf. ad exhibend. ubi quoque diximus.* Observatum id tamen est, hanc hæreditatis petitionem de in officioso, quæ datur contra titulo possidentem, differre a simplice, cui adversus justo tituli possessorem non est locus, *Cujac. ad Paul. l. 4. tit. 5. Govean Lect. h. t. 5.*

6. Quibus detur, aut non: & quando cesset, aut præscribatur.

Omnibus autem utriusque sexus liberis, *l. 1. 5. 9. l. cum si 18. §. 1. 30.* & parentibus, *l. pater 14. l. nam etsi 15.* licet de inofficioso disputare: fratribus porro & sororibus germanis non alter, quam si propter odiosæ turpesque personæ sint institutæ, *§. soror. Instit. eod.* Porro fratres uterini, cæterique ulterius cognati, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, *l. fratris 27. C. eod. tit.* cum obtinendi spem nullam habeant, *l. 2. & 3. l. fratris 21. C. eod.* Nec enim voluit lex in infinitum instituendi necessitatem propagari, testandique libertatem restringi: *contra l. 1. C. de sacro sanct. Eccles.* præsertim cum his personis collateralibus non perinde debeatur successio, atque descendentibus & ascendentibus, *l. nam etsi h. t. l. fin. C. de codicil. in Auth. de hæred. ab inst. venien.* Ac ne his ipsi quidem aliter datur querela, quam si intestato sint successuri: nam alioqui frustra agent, atque adeo etiam obtinebunt, si causa intestati ad alios sit perventura, *l. 6. § penul.* & alio modo jus succedendi consequi nequeant, *l. Papin. 8. §. si quis impuberis tit. §. tam 15. Instit. eod.* Quamobrem etiam si quis legitimam portionem sit consecutus, non admittetur: *d. l. 8. § si quis mortis 6. §. si quis impubes. 5.* totoque testari quis potest, quarta legitima hæredibus relicta, *l. 6. Cod. eod.* quæ hodie tertia est, *Auth. novissima C. eod.* Quin etiam tantus est sustinendorum testamentorum favor, ut si minus relictum quoquo titulo *d. l. 8. § si quis mortis l. 30. 36. § 1. l. quoniam 29. l. omnimodo 30. C. eod. d. Authen. novissima* sit, salvo testamento, ad supplementum tantum agi possit: *d. l. omnimodo* nisi quod novissima constitutione Just. institutionis titulo filiis, relinqui voluerit, *§ aliud quoque Novell. const. 115. ut cum de app. cogn. sc.* Præterea nec erat calumniandi potestas est, qui quoquo modo agnovit sibi a testatore relictum, *l. 10. in fi. l. 12. 31. h. t.* aut alter voluntatem ejus approbavit, *d. l. 8. §. si conditione 10. l. 31. § penult. h. t.* aut querelæ renunciavit, *l. qui repudiantis 17. l. nam etsi 15. §. 1.* aut per quinquennium a tempore aditæ hæreditatis continuit, *l. si omnes 16. §. fin. l. si quis filium 34. in fin. C. eod. l. 2. C. in quib. caus. in integ. rest. l. Papinian. 8. §. ult. h. t. ubi gl. si* quanquam Condictio, qua ad supplementum legitimæ agitur, quinquennio non præscribatur, sed perpetuo, hoc est, 30. annis, ut reliquæ actiones personales, duret: *ut est communis opinio Bal. Jas. & aliorum contra Bart. in l. si quis filium 34. C. de inoff. test. Guid. Pap. decis. 81.* neque etiam extinguatur, quamvis quis sibi relictum acceptarit, *l. si quando 35. §. fin. C. eod. vid. Mynsing. obs. 36. cent.* hac enim non impugnatur testamentum.

7. An & quando hodie locus sit querelæ.

Ac novissimo quidem jure ita est, ut recta linea locus sit accusationi? nam cum nonmodo liberi, sed etiam (ut volunt, *§ sancimus. Novell. const. 115. ut cum de app. cog.*) parentes sint hæredes instituendi, nisi justis expressisque de causis exhæredentur, *Dd. in d. § sancimus*, quas hæres probare cogitur, *§. sive autem d. Novell.* in omnem eventum, circa querelam videtur ita satis esse prospectum. Nam si in legitima sint instituti, nihil est quod defuncti officium accusent: sin in minore parte, agent ad supplementum: sin exhæredentur, aut id sit injuste, & testamento quod ad institutionem attinet evacuato ab intestato succedunt, ut querela non sit opus: aut jure factum est, & merito omni aditu consequendæ hæreditatis, quia se indignos reddiderunt, atque ita etiam querela inofficiosi excluduntur *l. quædam 132. vers. quid ergo de verb. oblig.* prorsus ut fratribus potissimum opitulari deinceps hæc accusatio videatur, etiam si quidam contradicant. *Vigl. in Rub. Instit. eod.* Uno tantum casu volunt nostri usurpari etiam in ascendentibus & descendentibus querelam inofficiosi, scilicet cum Justa ex causa exhæredatio facta est, quæ tamen necdum probata sit. Hoc enim casu quia valet testamentum, & exhæredatio legitime, hoc est, ex justa causa expressim addita facta est, ideo intra quinquennium putant inofficiosi querela illud rescindendum esset *Bald. nu. 2. & 55. Jas. nu. 15. dicens, hanc esse communem in Auth. ex causa C. de lib. præter. Bald. cons. 89. proponitur & consil. 112. Paul vol. 5.* etiamsi exhæredatione sine causa, aut ex nulla causa facta, sit testamentum nullum, & duret quæstio Nullitatis, seu Jus dicendi nullum, *Jas. in l. si filium num. 4. de lib. posth. Cast. & Dd. in d. Auth. ex causa* annis 30. *Guid. Pap. dec. 597. de lib. & posth. nu. 5.*

8. Querela an & quando in hæredes transeat.

Illud ultimo loco addimus, querelam in hæredes transire, iisque competere: liberis quidem indistinctè, *l. si quis 34. C. eod.* extraneis vero non aliter quam præparata a defuncto querela, *l. 6. § fin. h. t.* est enim quædam in ultra species, quod genus ad hæredes transire non solet, *vide infr. de injur. in prin. Inst. de perp. & temp. act.* Sunt tamen hæredibus arbitror competiisse olim querelam non jure Hæreditario, sed Suo, quod propter jus Repræsentationis, ipsis injusta facta videtur: emancipatis autem, & extra potestatem constitutis non item, quia jure civili pro extraneis habebantur: *vide Inst. de her. qual. & differ. & de her. quæ ab intest. § emancipati.* ut eis actio civilis dari non deberet, cum hoc jure veteri demortuum parentem nunquam repræsentaret. Unde nec mater querelam ad liberos transmittebat, *l. cum mater 6. Cod. de transaction.* quoniam non habet eos in potestate, eoque nec suos relinquit hæredes, *l. nullo. 5.*

nulla 13. de suis & legit. Ulpian. Inst. c. 26. unde qua dixi Instit. ad S C. Tertull. in prin. Sed Just. quæ hoc discrimen sustulit, sustulit, videtur indistinctè descendentibus querelam concessisse *d. l. si quis 34. C. eod.*

9 *Adversus quos detur.*

Datur autem hæc actio adversus hæredem, atque ita post aditionem hæreditatis, ex qua sit hæres, *l. Papinian. 8. §. si conditionem h. t.* cujuscunque tandem sit ille dignitatis & conditionis: *l. 8 §. si imperator. 1 l. pen § 1. h. t.* sive ex libens sive extraneus aut municeps: *d. l. penul.* quantum quidem ad querelam liberorum aut parentum exhæredatorum attinet: nam in fratribus distinguí diximus, turpis an honesta persona sit instituta. Sed & adversus hos competit, qui locum hæredis obtinent: ut est successor hæredis, *l. si pars 10. h. t.* fiscus qui bona occupat, *l. si hæredem 10. C. eod.* fideicommissarius universalis: *l. 1. C eod.* nonnunquam etiam in particularem legatarium, qui suspecta collusione ad defendendum testamentum venit *l. si suspecta 29.* Ita tamen hi conveniri poterunt, nisi privilegio aliquo, quod relictum est, defendantur. Nam constat adversus testamentum militare, *d. l. 8. §. Papinian. 3.* quodque de peculio castrensi sit, vel quasi, querelam non dari, *l. si C eod.*

10 *Forma agendi.*

Ipse porro quærelæ modus est, ut dicat actor: doceatque immeritum, atque indigne præteritum se, vel exhæredatum, *l. 3. l. 5. h. t.* Inofficiosum enim testamentum dicere, est allegare quare exhæredari vel præteriri non debuerit: *d. l. 3 5. h. t.* qualique non sanæ mentis fuerit is, qui testamentum ordinavit: non quod verè furiosus fuerit, sic enim testamentum ipso jure corrueret probato furore: *l. 2. h. t.* sed rectè quidem compósque mentis fecerit testamentum, non tamen ex officio pietatis, *l. 2. 5. Vide Val. Max. lib. 7. ca 8 l. pen. de cond. institut.* Quod cum ita sit, petit actor declarari testamentum inofficiosum, ac rescindi eo quæ rescisso, sibi ut hæredi proximo hæreditatem adjudicari *l. Papin. 1. § quoniam in verb. non totam debeo hæreditatem petere h. t.* Quia verò cui datur actio, ei multo magis competere exceptionem dicendum est: *l. 1 vers. nam cui de superf. ca. qui ad agendum de regul. jur in 6.* potest etiam qui exhæredatum injuste se queritur, si est in possessione bonorum, in modum Contradictionis & excipiendo quærelam introducere, *d. l. 8 § filius 13.* Illud præterea admonendi sumus, hanc querelam non esse perpetuam, ne perpetuo suspensæ incertæque pendeant defunctorum voluntates, *l. si commun. præd.* sed intra quinquenniū à tempore aditæ hæreditatis esse proponendam: *l. sciamus, 36. §. fin. C. eo vide Bald. consi. 89 proponitur vol. 5.* præsertim cum sit Rescissoria, & contra leges civiles impugnans testamentum & ultimas voluntates, quarum magnus favor est: *l. si pars 10 h. t.* eoque velut extraordinaria & odiosa, reliquarum rescissionarum exemplo certis spatiis debeat includi, *l. in honorarius 35. de actio.* quod etiam moribus Sax. obtinet. nec enim præscriptiones rerum communes illis inductæ, temere producendæ sunt ad singulares actionum præscriptiones: quæ quando non inveniantur sublatæ, jure putantur etiamnum durare, *l. sancimus 27 Cod. de testamen.*

11 *Effectus quærelæ, & quatenus testamenta rescindan.*

Effectus autem hujus judicii est, ut Probatâ causâ, declaretur testamentum inofficiosum, eoque rescisso, legata quoque & libertates inscriptæ pereant, *l. Papinian. 8. §. penul. l. Titio 13. l. cum mater 78 hoc tit.* (quod tamen hodie correctum videri potest, cum Just. voluerit institutionem tantum vitiari, salvis reliquis testamenti articulis, *d. Novell. 115. ut cum de app. Authent. ex causa C. de lib. præt.*) & in ea causa res constituatur, perinde atque si nullum testamentum scriptum, nulla hæreditas adita esset: *l. cum 21. in fin. h. t.* atque actori victori hæreditas ab intestato restituatur, si modo docuerit se ab intestato hæredem, *l. 6. §. penul. 15. in fin. h. t.* Quamvis autem hac actione nemo amplius petere possit, quam eam partem quam ab intestato habiturus esset: *d. l 8. §. quoniam,* tamen sententia secundum querelam lata, totum testamentum corruit, quasi vitiosum, & à demente factum: *d. l 13. in fin d l. 21 d. l. 28* adeo ut victor solus obtineat hæreditatem, neque illi concurriant, qui alioqui ab intestato partem facerent, si agentem deseruerint, *l. filio 16.* videntur enim animo repudiantis accusationem neglexisse *l. qui repudiantis 17. h. t.* nisi culpa silentii nulla, impeditus forte, imputari queat, *l. si hæres 7. fam. hercis.* Sed si is, qui institutus est, etiam ab intestato hæres existit, cum minimè repudiare jus suum voluisse ipsa aditione & propugnatione testamenti contra querelam, cui se opposuit, abunde sit testatus, ideo rescisso per querelam testamento, ab intestato cum victore concurret: ut cum contra filium institutum alter exhæredatus obtinuit, *l. mater 19 l. si pœnam 23 h. t.*

12 *Casus in quo pro parte tantum testamentū rescinditur.*

Unde fiunt casus pro parte tantum rescinditur testamentum; propterque rei judicatæ authoritatem, partim testatus, partim intestatus decedit testator, contra regulas juris civilis: *l. jus nostrum de reg. jur.* videlicet cum pluribus quærela conventis, diversæ sententiæ latæ sunt, quarum in altera laudetur, in altera declaretur testamentum inofficiosum. Id quod evenire non difficulter potest, quoties adversus extraneum & fratrem, hæredes institutos agitur, contra hunc enim perinde atque contra extraneum, querelam obtinetu fuerit pertinaciam, *d. l. mater 19. l. nam etsi 15. in fin. circa 24. h. t. cum duobus 13. C. eod.*

OBSERVATA.

Quomodo in lib. 5. & seqq. agatur de vindicationibus.

N. I. *Ad vindicationes deveniamus*) Nomine vendicationis latè sumtæ intelligit hic Autor actiones reales, quæ ita vocantur in §. 15. *I. de Act. l. 25. de O. & A. t. t. si serv. vind.* Etsi autem actiones in rem oriantur ex supra dictis V. speciebus juris in re; tamen compilatores ff. ordinem perpetui edicti insequuti, de omnibus hîc non agunt *sed (1) de illis quæ ex jure hæreditario, t. 2. 3. 4. 5. 6. (2) quæ ex jure servitutis lib. 7. 8.* Pignus refertur *inter accessoria contractuum lib. 20.* Jus autem *possessionis ad judicia Prætoria, lib. 41. & seqq.* Conf. not. *ad n. 1. de Rei vindic.*

Quo jure introducta sit querela inoff. testam. An ex L. Glicia.

Ab initio præter. ex consuet. Princip. Interpr. prud. moribus invaluit.

N. II. *Lege Glicia*) Nec constat inter Interpp. *quo jure introducta sit hæc querela.* Cujac. quidem putat *L. Gliciâ* inductam, ex inscriptione *l. 4. h.* sed argumentum hoc sat leve est, cum nec satis constet de illa inscriptione, teste Hillig. *Donell. enucl. 19. comm 4 lit. P* & longè ante L. Gliciam querela obtinuerit. M. Claudii Gliciæ quidem fit mentio apud Flor. *lib. 9.* & Suetonius *in Tiber. c. 2.* sed is vixit sec. III. ante C. N. anno V. C. 500. At quærela longè antiquior est. Val. enim Max. *lib. 7. c. 7.* facit mentionem ejus, ex tempore C. Calpurnii Pisonis, Bachov. eam *jure prætorio* adscribit. Duarenus *constitutionibus Principum.* Timæ. Fab. *interpretationi prudentum* acceptam refert: alii aliter statuunt. Sed his omnibus rejectis, dicitur rectiùs eam *moribus* initio invaluisse, & postea legibus *approbatam*, & *jure prætorio* ad aliàs etiam personas esse *extensam.* Secundum ll. 12. tab. enim uti quisque rei suæ legabat, ita jus erat. Vid. *l. 24. h. l. 5. verb. assiduè soleant, h. l. 1. verb. melius facerent, frequenter. eod. pr. I. h. verb. inductum est.* Val. Max. *lib. 7. c. 7.* & Hillig. *d. loc.* Hæc de civili querelæ origine.

Qui exhæredati, quibus hæc datur querela.

N. III. *Etiamsi præteritionem maternam*) Tria hic præcipuè observanda. I. datur querela *exhæredatis.* Exhæredatus autem dicitur dupliciter (1) *propriè* & à priori, jure patriæ potestatis ab hæreditate exclusus, *arg pr. I. de hæred. inst.* (Est enim exhæredatio jus vel effectus saltem patriæ potestatis) (2) *latè ratione effectus,* qui à matre (mili:e vel alio ascendente per lineam maternam) præteritus: Nam illa præteritio est silentio facta exhæredatio, *l. 12. pr. de bon. lib.* & tribuitur ipsi effectus exhæredationis paternæ, *§. 5. I. de exhæred. lib. pr l. de inoff. testam. l. 15. C. eod.* Secus ac hodie, quo præteritio ejusmodi testamentum facit ipso nullum, per *N. 115. c. 3. pr. ubi: patris vel matris.* quâ præteritioni maternæ juxta & exhæredationi paternæ eadem forma præscripta, vid. Clar. *rec. sent. §. testamentum q. 47.* Bachov. *ad Tr. h. th. 1. B.* Diss. Joann. Wurmbs. *enucl. 2. contr. I. de exh. lib. contr. 3.*

Quibus cognatis.

II. per *Cognatos* Autori nominatos, non intelligendi qui tales generaliter, sed restringendi ad *ascend. & descend.*

Non datur a patre præteritis, quia test. erat nullũ.

cognatos, nemo fratres germanos atque consanguineos, turpibus personis institutus l.1. h.t.§.1.I.eod III. Effectus exhæredationis rectè negatur *præteritioni paternæ*. Tenebatur enim pater jure vet. liberos vel exhæredare vel instituere, & tum valebat testamentum *quia fecerat ipse quod ratione patriæ potestatis facere tenebatur*. Quod si autem præteribat tantùm, tunc quia nec exhæredabat, nec instituebat, *testamentum erat nullum, nec opus querelâ*, utpote quæ saltem contra validum dabatur testamentum, *pr. I. de exhær. lib.* Patet hinc *jure* (*non naturali, ignorantis testamenta*) *posuisse esse & de indifferente, quod ob præteritionem pat. vel maternam nullum sit testamentum, modò valeat, sitque pro exhæredatione. Et argumento est quod jure Hollandico ob prætérit. paternam æquè ac maternam, in distincto ad querelam inofficiosi sit confugiendum*, ceu ex Grot. *manud. 2. p. 18.* notat D. Mæsterius *disp. 139. th. 12. Jure naturali est is omnibus sufficiens erit Remedium Nullitatis.*

Datur & contra nõ scriptum testam.

N. IV. *Scriptum testamentum*) Verùm & contra nuncupativum testamentum quærelæ locus est, (1) per textus generales *in l. 4. 5. 6. & seqq. h.t.* (2) quod detur contra exhæredationem patris, vel matris præteritionem, quæ etiam nuncupatione fieri possunt, *Bach. ad Tr. disp. 14. th. 6. A.* Illud etiam notatu h. dignum, quod quærela dicatur hic remedium extraordinarium, *modestiæ causa*, cum detur contra personas *conjunctas*; aliàs ultimum adjutorium, *l. maximum vitium C. de lib. præt.*

Non est actio propriè sed implot. offic. jud.

quærela subsidiaria, actio *l. 1 l. 7 h.* accusatio, *l. 27. l. 29. eod.* Nam *propriè actio non est*, sed *imploratio officii judicis*. Actio enim est jus persequendi quod sibi debetur, *pr. I. de Act.* at exhæredatis qui hoc remedio aguot, nihil debetur. *Neque enim vel jus in re & jus hæreditarium habent, vel jus ad rem; cum per testamentum validum jure civili à paternâ hæreditate sint exclusi. Ex illis actio non competit.* Neque officit quod dissentientes dicunt; (1) quod per quærelam hæreditatem persequamur, *l. 15. §. f. l. 16 l. 19. l. 21. §. 2. h.* (2) quod illa dicatur petitio hæreditatis, *l. 8. §. 8. l. 20. d. l. 21. §. 2. l. 27. § pen. eod.* extraordinaria sc. & specialis, *l. pen. de bon poss. cont. tabb.* & vindicatio, *d. l. 27. §. pen. h.* Nã illud verùm salum est *ratione effectus*, oon propriè & primariò; quia *ex natura rei*, demum obstaculo remoto per motam quærelam, & non ante, potest agi hæred. petitione, *l. 17. l. 20. l. 21. §. ult. eod.* Unde non solùm in latissimo significatu quærela hæc, actio vocatur, sed & κατὰ πρόληψιν petitio vel vindicatio.

MensAutoris explicata

Non est per hær. pen & specialis.

Differunt quær. inoff. & petit. hæred.

N. V. *Huic enim actioni*) Duo hoc num. propoponit Wesenb. 1. *cumulari posse querelam* inofficiosi cum hæred. petione, 2. *hanc ab illa diversam esse: quorum hoc illius consequens.* Equidem Dd. vulgò faciunt duplicem hæreditatis petitionem, *simplicem*, h.e. in specie sic dictam. (hær. pet.) & *specialem*, quæ ipsis quærela. Sed quod ista duo remedia revera differant, & hæc non cadat sub genus hæred. pet. patet, 1. quod *querela non sit actio*, sed imploratio officii judicis: petitio autem hæreditatis sit actio propriè dicta, §. 20. *I de Act.* 2. Illa detur ob æquitatem & ex officio pietatis, *l. 1. h.t.* hæc ex jure in re constituto, testamento vel ab intestato, *l. 10. §. 1. de hæred petit.* 3. illius *finis & effectus* primarius sit rescindere testamentum; (contra hoc enim pronunciatur, quo facto hæres potest agere hæred. petione) *l. 8. §. 6. h.t.* unde & præparatoria est, *arg. l. 17 l. 20. eod.* hujus, hæredem declarari, & ut hæreditas restituatur, *d. l. 10.* 4. quod illa detur contra otulo possidentem, *arg. l. 8. §. 10. ibi: quoniam ante aditam hæreditatem nec nascitur querela h. t. l. 8 ibi: qui ex fideicommisso hæreditatem tenet C. eod.* hæc non item, *l. 25. §. 7. fam. erc. l. 45. eod.* Diss. Bachov. *ad Tr. disp. 17 th. 1. E.* putans *ista duo remedia posse quidem ut diversa considerari, sed vicem unius habere actionis,* quod sequitur Vinn. *ad pr. I. h.t. n. 6.* nec diversus videtur D. Frantzk. *comm. h. n. 3. & seqq.* inquiens, *vindicari hæreditatem directè per hæred. pet. in specie sic dictam, obliquè verò per inofficiosi quærelam, quæ intellectu quidem à pet. hær. sejuncta sit, quat. per se & immediatè eò tendat ut testamentum seu factum testantis impugnet, sed tamen in effectu petitionem quoque includat, ut in simili restitutio in integrum rescindens & rescissorium atque restitutorium judicium involvat.* Cæterum prædictis porro consequens est, quod duo hæc remedia in judicio jungi & *cumulari* possint, non quidem simultaneè, sed successivè.

Possint cumulari successivè

Diss. Sutholt *diss. ad Inst. 9. aph. 59.* & Bach. *in not. h.* tegerens *contra ultimam differentiam, quod quærela detur contra nullo titulo possidentem, cum ex hypothesi furoris, qui color hic sumitur, testamentum habeatur pro nullo, & ita possessor sine titulo.* Verùm inspiciendum hic quod *in rei veritate fit*, non quod colore & fictione quadam; *re vera testamentum valet; ideoque justus etiam est titulus ejus qui exinde possidet, color q. defunctus non sana mentis fuisset, prætenditur*, nec fundamentum in re habet. Nimirom concurrunt hic & colliidunt duo *principia ad contraria tendentia*. Jure stricto civili valet testamentum oh magnam parentum in liberos auctoritatem, *l. 5. h. l. 28. C. eod. pr. I. de exh. lib. l. 2. verb. sed rectè quidem fecit h.t.* Juri autem benigno & æquitati non convenit, auctoritati paternæ tantam vim tribuere, ut liberi ab hæreditate jure naturæ debitâ, sine causa excludi possint. Quia tamen immensa est reverentia parentibus debita, quæ rectâ viâ impietatis in liberos accusari patrem non admittit, hinc secundùm principia justi extraordinaria, factâ aliquâ circuitione, jurium istorum fit conciliatio, L. Glicâ. Et enim res temperatur lenitate verborum, quærelæ nomine substituto pro accusatione vel actione, & pro impietate color prætenditur q. pater non sanæ mentis fuisset cum testamentum faceret, *d. l. 2.* Sic namque & satis fit juri legitimo (stricto) patriæ potestatis, & juris humanioris ratio habetur. Qui enim ex furore quid facit, consultò non facit, ideoque excusationem facilè meretur pater, & licet non vero furore, irâ tamen, qui furori similis, ob judicii defectum, percitus, perturbatus videtur. Cæterum præter prædicta nec officit ex *l. 2. C. h. l. 7 in f. & l. 6. pr. ff. eod.* quod *instituturus querelam, prius debeat agnoscere bonorum possessionem litis ordinandæ causa, quæ titulum interim sine re præbeat.* Nam *quod dicitur d. l. 2. C. h. agnitam b. p. à moturo querelam, id non ita intelligendum, ac si illa necessario esset agnoscenda, sed in hac tantum hypothesi & ad hunc effectum, ut posset cumulari querela. Erat enim ibi exhæredatus emancipatus, qui jure civili non succedebat: quod cum objiceret adversarius, ille habebat opus prius petere b. p.* Gl. *in d. l. 2.* Jung. *l. 6. § 2. h.* At verò & citra agnitam b. p. agi potest quærela ab hærede, modò defunctus denunciando, *sic all. l. 6 h.t.* eam præparaverit: quo casu prius rescindendum est testamentum quærela instituâ: nec ad hæred. pet. nisi ea sit cumulata, deveniendum, *l. 20 h.t.* Addesis animadv. oostr. 10 *ad* Sutholt. *diss. 9. aph.* 89. ob iad argumenta Bachovii distinctim respondemus.

Collisio divers. principi.

N. VI. *Liberis parentibus*) Datur quærela non nisi privatis hæreditate. *Cum autem privatio sit absentia habitus, ideo necesse est existere, quibus jus hæreditatis alterius consequenda competat. Oportet etiam esse causas ex quibus privatio illa contingat.* De utroq; videndũ. Quod jus sit nonnullis adipiscendæ alterius hæreditatis, hoc disertè exprimitur *l. 7. in fin. und. lib. 7. §. f. si tab. test. l. 15. pr. h. l. 7. de bon. damn. N. 1. præf. §. 2.* quibus asseritur deberi hæreditaté naturali ratione liberis & parentibus. Quin & in genere deberi proximè unctis s. cognatis, habetur *in l. f. C. quor. bon. l. 8. de bon. damn. l. un. C. de impon. lucr. descript.*

Quærela datur privatis hæreditate.

Qui jus habeant ad alterius hæred. consequendam proximè juncti.

Ratio diri- gitur.

descript. Ratio est & *necessitudo*, & quod *non relinquens testamentum censeatur illud voluisse, quod juris est naturalis.* Verùm hic non unà opus cautione. *Enimverò id non ita intelligendum; ac si juris sit natura ex præscripto,* sed *ob convenientiam* & inclinationem, juxta *obs.1. de l. & l. ad n.15. v. effectus.*

Quod jur. nat. conveniens.

Jure gentium hæreditas enim formaliter est *ex juri positivo, & originem cœpit inducta demum rerum proprietate.* Sunt etiam *gradus* hujus obligationis.

Quomodo debeatur lib. & parent. jur. nat.

Nam liberis & parentibus debetur hereditas jure natura simpliciter, ut privari non possint, ob maximam adinvicem cognationem, propter quam ad id inclinat lex naturalis, & quasi naturaliter sequitur, nisi aliunde impedimentum veniat, v.c. per exheredationem. Atque huc pertinet illud Apostoli: *si filius, ergo heres: & Num.27. 6.7.8.9.10.11.*

Ratio ex Aristot.

Quia, id Arist. 8. *Eth.14. Parentes amant liberos quasi ex se quiddam sint, liberi autem parentes q ex illis quippiam sint: licet majorem id à quo aliquid est cum genito habeat necessitudinis connexionem, quam quod factum est, cum eo qui fecit; cum proprium sit ei a quo oritur.* Cum quo fere coincidit quod *l.7.§.1. und. lib.* Papin. dicit, *liberos ad successionem parentum admittere natura simul, & commune parentum votum: parentes verè turbato ordine mortalitatis liberis succedere.* Nam et si jure naturæ parentibus non debeatur successio; utrinque enim subest *summus geniti & gignentis amor & necessitudo*: quamvis in gradibus remissis, juxta Aristot. *d.l.* Sed quod in liberorum successione insuper adsit *votum parentum*, qui optare solent, ut liberi supervivant, quodque ordo mortalitatis esse hic soleat, ut hi prius moriantur & parentibus succedant. *Unde & vivo patre quodammodo jus rerum paternarum habere dicuntur, seu dominium κατ' ἐλπίδα, ob certissimam spem futuræ successionis, l.11. de lib. & posth. her. l.1. §.12. de succ. ed.* Neque enim sola dilectio ipsis deest eorum patre vivente, sed & jus in re atque ad rem, sive quocunque alio nomine vocetur, multoque minus q his ullo nomine actio comparata est, patre rerum suarum (etiam quoad extremum dominii h. e. alienationem) arbitro solo existente. Mater. *de quartis c.9 n.16.* Angel. de Paltrombus *ad l.f. C. de Ed. D. Hadr. toll. q.17. n. 190. & seqq.* Ubi vero *ordo iste turbatus, h.e. liberi prius præposterè defuncti, tamen ratio miserationis exigit & his relinquere. Exinde turbato licet ordine mortalitatis, non minùs parentibus quàm liberis piè relinqui debet, ut benè & pie idem* Papin. *l 15. h.t.*

Quomodo debeatur cognatis.

Reliquis vero præter liberos & parentes cognatis debetur successio *sub conditione, si alii instituti non fuerint*, quia tanta ut in linea recta f. perpendiculari, non est cum defuncto ipsis necessitudo. Hæc enim prout arctior est vel remissior, jus quoque ad hæreditatem tale facit. Nam fratres se mutuò diligunt ex aliâ ratione quàm parentes & liberi, sc. quod ex iisdem sint nati; *Communis enim qui inter ipsos est ortus: ipsos* q. eosdem *facit, ratione unius* sanguinis, unius radicis. *Patrueles item & reliqui cognati ex his conjunctionem habent, & videl. quod ab iisdem sint alii, propinquiores, alii remotiores, quo vel propius vel longiùs author generis abest*, verba sunt Philosophi *d. l.*

Indifferens est cognatis extra liberos & parentes relinquere.

Adeoque *jure natura liberum est & arbitrii testatoris, num ex istis cognatis quosdam vocare velit, an alios sibi non junctos adsciscere.* Licet etiam ubi testamentum abest, facultas detur proximè junctis, juxta gradus prædictos, occupandi bona omnia, secus tamen est, ubi quæstio de testamento. Nam talia conditoris integrum est, universa bona sibi junctis non relinquere, sed alios de suo juvare. Quæ ratio olim quoque erat L. XII. I. tabb. *prout quisque rei sua legasset ita jus esto.* Et prædicta, ut supra innuavimus, licet juri naturæ sint consentanea, *non tamen eodem jure sunt necessaria*, sed indifferenter se habere possunt & variè prout lege, pactis, moribus, vel à testatore definiuntur. Conf. Grot. *de I.P. & b. l.2. c.7.*

Vt & liberis æqualiter relinquere.

Quam ob rem sæpè & inter liberos inæqualis fit divisio, v.c. si qui magis meriti fuerint, si bonis adventitiis careant, si adhuc infantes sint, & sic deinceps *l.8. C. h t. l.30. §.1. N. 117. c.1.*

Lex positiva determinavit quantam port. proximè junctis testamento relinquendam in linea recta simpliciter, in collaterali sec. quid.

Ne verò in his sæpè durior existeret testator, nec arbitrio ipse utatur vago nimisque rigoroso; *lex civilis* determinavit illam portionem quæ necessariò propinquioribus nonnullis tribuenda, & *Legitimam* appellavit. Voluit autem lex Romana illam relinquendam, habitâ ratione *necessitudinis majoris aut minoris*, non omnibus, sed solum (1) in lineâ rectâ *parentibus & liberis* absolute. (2) in collaterali *fratribus & sororibus germanis atque consanguineis, sub conditione si turpis persona instituatur.* Utut enim sit arbitrium, instituendi eos qui à latere, iniquum tamen est, illis quos communis ortus fratres vel sorores (q. eosdem) fecit honestis etiam, turpes præferri.

Quomodo quis possit illa portione privari legitimâ & hoc lege positivâ.

Tantùm de habitu f. jure consequendi alterius hæreditatem, aut saltem legitimam. Privatio ejus fit *per exheredationem*, facultati enim hereditatem alterius ex testamento adipiscendæ naturâ inest & tacitè (ut conditio sine quâ non) *nisi prægnans ratio & æquè naturalis quàm qua ad dandum movit, moverit ad non dandum.* Ne vero & in his limites æqui excederentur, determinatum quoque fuit quæ causæ esse debeant exheredationis. Et licet olim quælibet, etiam non inserta sufficerit, unde tunc subinde opus fuit Querelâ, ut testamentum ipso jure validum, ob iniquam exheredationem rescinderetur, *l.5. h. l.28. C. eod.* tamen deinceps aliter statutum fuit, *N 115. c.3. & 4.*

Sed aliter tamen quoad lib. & parentes.

In hac enim præscripta est *certa forma ex certis causis* exheredandi, liberis parentibusque, qua non secuta testamentum nullum est, nec opus per querelam rescissione. Servatâ autem formâ illâ, si ex causâ insertâ sed falsâ, quamque heres probare nequit, facta exheredatio, demum querelæ quoad liberos & parentes locus evadit, *d. c.3. & 4.*

Aliter in fratrib. & sororibus.

In *fratribus & sororibus secus est, nulla præscripta his forma exheredandi* ideoque nec in eis locum querelæ facit exheredatio, sed *turpis persona institutio*, quæ ut supra diximus, iniqua habetur *l.27. C. h.t.* Ubi itaque talis institutio non est, cessat quoque testamenti rescissio. Ita Dn. Antecessores Fac. nostræ ad Joachimum Dieterich Wismarienfem: das ewer Bruder Heinrich Dieterich J.V.D. in seinem Testament euch seinem Bruder seine Güter zu vermachen/und deß Brudern Claus Dietereichen Sel. Tochter gar vorbeyzugehen oder mit einem legato, wie geschehen/ zu begaben/ befugt gewesen/ V. R. W. anno 1600. 13. Junii.

Sec. dicta querela datur liberis 2. parentibus 3. fratribus & sororibus. Notatur A. & Suthult consanguineos fratres à querela arcentes.

Juxta hæc itaque querela certis casibus competit 1. Liberis. 2. Parentibus. 3. Fratribus & sororibus germanis vel consanguineis. De his illud hic præcipuè notandum, non levem Aut. h. & Sutholti *diss 9. aph. 83.* lapsum esse, *fratres germanos ex collateralibus saltem ad querelam admittentium.* Rationem fortè putant, quod, *sec. Nov. 118. c.1.* fratres germani consanguineis in successione ab intestato præferantur, ergò nec hic ad querelam admittantur. Verùm & textus ex pr. *in l.27. C. h.t.* contrarium dicit, quod miror ett. Dd. non observasse, & non valet argumentum à succ. ab intestato ad querelam inofficiosi affirmans universaliter, puta: quibuscunque præ aliis debetur hereditas ab intestato, illis etiam præ aliis competit querela. Valet autem hoc: cuidam cui debetur hereditas ab intestato, datur, & querela inofficiosi, eademque ratione licet hodie uterinorum & consanguineorum differentia, quoad succ. ab inter sit sublata, *d. N. 118. c. 3.* tamen nihilominus à querelâ illi arcentur. Ideoque non correcta est per *d. Novellam §. 1. l. h. t. & l.27. C. eod.* quibus dicitur,

quod

quod ex lineâ collaterali fratribus & sororibus *germanis & consanguineis* hæc querela competat, cæteris non item. Ita habet & Duar. *h.n.*6. Dn. Franz. *comm. h.n.*29. à quibus dissentientem reperio Vinn. *ad pr. I. h. n.* 5.

Non admittendi uterini

Quamvis autem Bach. *in not. h.* putet hujus rei rationem hanc esse, quod jus novum *d. N.*118. huc non sit extendendum, sed obtineat tantùm in terminis ejus qui successit simpliciter intestatus, non qui cum testamento, quamvis inofficioso: tamen hæc ratio non satis adæquata videtur, cum morâ & obtentâ querelâ, pervenjatur ad successionem ab intestato, *l.6.§.1.h.t.* adeoque ad materiam *d. N.*118. Ideoque prior magis placet. Conf. Animadv. nostr. 9. *ad Suth. diss.* 9. *aph.*83.

Est hæc quer. contra turpes personas.

Datur verò Querela dicto casu sec. quid, *instituta sc. turpi persona.* Dicitur hic talis quæ vel infamiâ juris, vel facti, vel levi etiam maculâ laborat, *per l.*27. *C. h. t. Conf. Schneidvv. ad d.§.1. I. h. t. Coler. decis. p.*2. *dec* 246. *n.*8. *Heig. p.*1 *q.*21. *n.*18. *Add. obs.* 1 *d. his qui not. infam. n.*2. & 8. Et juxta hæc pronunciarunt Dn. Antec. Fac. nostræ Mindam Friderico Römeling d.8. Jul. 1600. verbis: Das von Dieterich E. das jenige was er wegen vorbemelten Testaments und sonst von seinem Vatter ererbet/ auff seine hinterlassene Concubin und zwey uneheliche Töchter/durch ein Testament darin Elisabet sein volbürtige Schwester/jtzo ewre Haußfraw/vorbegangen / beständiglich nicht hat mögen gebracht werden/ sondern ist auff ewer ansuchen/solch Testament als inofficiosum zu rescindiren , und ewer Haußfraw zu ihres Bruders Erbgütern/als die näheste zuverstatten. V. R. W. vide de Concubinis & aliis personis turpibus Franc de Barr. *de succ. test. & intest. lib.*10. *c.*7. *n.*4. & *seqq.* Ansm. Tepat. *comp. decis.*2.608. *c.*2. & 3.

Legitima olim non vis tit. relinqui pot. erat.

Nisi quod novissima constitutione) Qui legitimam habet querela inofficiosi uti nequit. Quod adeo verùm erat jure veteri, ut & in instituto in parte quæ totam legitimam non faceret, eadem cessaret, donec Just. novissimè constituit, illum non querela agere sed debere ad supplementum, *l.*30. *C. h.* Præterea ad excludendá querelam *olim* perinde erat *quovis titulo pars illa* vel quod totam legitimam faceret, esset relictum, an sc. titulo particulari legati, vel universali institutionis & hæreditatis, *§. ult. I. h. t.* Hodiè verò legitima debet relinqui *non nisi titulo institutionis*, rectè affirmante Wesenb. h. & Dd. comm. *per N.*115. *c.*3. ubi dicitur, nullum esse testamentum, ubi per alium titulum quàm institutionis filio relictum.

Nunc tantùm tit. universali institutionis.

Ratio duplex.

Ratio est, (1) *ut non adeuntibus cæteris coheredibus, possit filius jure accrescendi succedere, l. un. C. quand. non pet. part.* quod aliàs in vero legatario secus fuit, usquedum novum jus etiam in illo constitutum, *N.*1. *c.*1. (2) quia *heredis nomen multò est honestius, arg. l.*1. *§.*6. *de leg. præst. contr. tab. b. p. pet.* Add. Molin. *de I. & I. tom.*1. *tr.* 2. *disp.*175. *n.*12. & D. Unge p. *ex.* 8. *q.*13. Mercur Merlin. *tract. de legit. lib.*5. qui plures hujus tituli utilitates assignat.

Resp. Bachovio Dissentienti.

Diss. Bachov. *ad Tr. d. disp.* 16.13. & *in not. ad Wes. h. l.* tum *per Nov.*8. *c.*1. tum quod filius in legitimâ ec in re certâ institutus, pro legatario habeatur, & nominetenus, non revera, sit heres, *l.*13. *C. de hered. instit.* Verùm *d. N* 8. *c.*1. correcta est *per Nov.*115. *c.*3. *ibi: nec si per quamlibet donationem vel legatum &c.* Neque officit, *c.*5. *pr. ibi: etiamsi certis rebus &c.* quia quo titulo in illa re certâ debeat fieri institutio, dicitur *pr. d. c.*3. unde id repetendum. Deinde filius ita in re certâ institutus, *ratione tituli & propriè* (qui revera est universalis) *ac ratione personæ pro herede est*, at ratione *rerum & sec. quid*, quat. sc. *res illa certa*, in quâ institutus, pro legatario, eamque præceptionis vice habet.

Qualia actio suppletoria ex l.30. C. h. t.

Hinc ei etiam fam. ercisc. judicium datur, *arg. l.*33. *vers. docebam. de hered. inst.* quod illi qui titulum habet particularem non dari, tralatitium est. Conf. Gail. 2. *obs.*112. *n.*10. & *seqq.* & in hanc sent. novissimè inclinantem Vinn. *ad §.*6. *I. h. n.*4. Cæterum si minus legitima relictum, Suppletoria competit *ex l.*30. *C. h. t.* de qua quæri solet, *an condictio sit ex Lege, an verò alia.* Verissimam puto sententiam distinguentem. Nam institutis intestatis vel relicta est *portio legitima*, vel *minus*. Hoc casu semper competit condictio ad supplementum, *l.*30. *C. h.* & *§.*3. *I. eod.* non solùm liberis & par. sed & fratribus ac sororibus germanis & consang. persona turpi institutâ, *d. l.*30. & *l.*1. *C. h.* modò probent fratres vel sorores turpitudinem. Altero vel institutus est heres *cum onere fideicommissi*, & aut implorare potest officium judicis ut legitima seperetur à cæteris bonis fideicommisso gravatis, Cæs. Argel. *ae legit. contrad. q.* 2. *art.* 2. aut uti exceptione retentionis totius hereditatis, donec detracta sit portio legitima. Vel cessat fideicommissum, & fortè alii quoque heredes instituti sunt, qui nolint solvere legitimam vel sibi bona possideant; & tunc datur actio ex testam. personalis contra reliquos heredes, vel petitio hereditatis, *arg. l.*10. *§.*1. *de her. pet. l.*1. *si pars hered.* aut fam. &c. judicium, *Ed. D arg. l.*35 *pr.* & *§.*1. *de her. instit.* aliquando & interdictum ex *l. f. C. de Adr. Add. Mercur. Merlin. de legit. l.*1. *t.*2. *q.*13. *l.*3. *t.*3. *q.*2. non hypothecaria *Ant. Mangil. de imput. & detract. q.*12. *n.*14. Diss. Dd. varie, Vide Suthol. *d. diss. aph.*74. & Wes. *h.* putantem. condictionem ex lege dari indistinctè, *arg. l. un. de cond. ex leg. junct. d. l.*30. *C. h. t.* cui subscribit Vinn. *ad §.*3. *I. h. n.*4.

Differentia hujus à querela.

Cæterum lata inter dictam act. & querelam inoff. differentia est. Hæc quinquennio finitur, *l.*8. *§. f. h. t.* Illa perpetua est. Hæc non præparata regulariter non transit in heredem, quia instar actionis injuriarum est, propterea que dissimulatione tollitur. Illa secus. Hæc datur ad rescindendum testamentum, illa ad supplementum. Cæterum quoad ea quæ de Legitima dicta sunt supplenda, ut & ratione aliorum hac pertinentium videndus est inprimis Dn. Mantz. *eleganti de Legitima tractatu.*

Quomodo ob exheredationem competat querela.

N. VII. *Ac novissimo*) Exheredatio olim vi patriæ potestatis facta, licet ex causis arbitrariis, testamentum sustinebat, *arg. pr. I. de exhered. lib.* Ideoque olim facilè poterat querelæ locus dari. Novissimè exheredationis modus alius est inductus *per. Nov.*115. *c.*3. sc. (1) ut fiat exheredatio ex *certis causis*: (2) ut *cum elogio*, h. e. expressione causæ, quam heres probare tenetur.

Quibus casibus.

Regula de hod. jure.

Hinc etiam alia hodie querela ratio, adeoque regula est, quod testamentum non factum sec. formam *d N.* ipso sit jure nullum, ideoque læsis competit Remedium Nullitatis *s. imploratio officii judicis, ut testamentum propter formam non servatam* (quæ in institutione & exher. consistit) *pro nullo declaretur*, conf. novissime D. Mantz *de testam. insigni tract. tit.*101 *q.*14. Potest & excipere de nullitate contra agentem. Quin & ubi non adest contradictor, hereditatem occupare.

Q. de duobus.

Sunt tamen nonnulli qui putant, & hodie omnibus quibus olim, casibus querelæ locum esse. De duobus autem quæri maximè solet; an iis detur hæc Querela (1) in *linea recta* si sit exheredatio facta, ex *justa causa* etiam inserta, quæ tamen ab herede *non probata*: (2) si *à fratribus aut sororibus persona turpis instituta* Quod de utroque rectè affirmat Autor cum Dd. comm. Et posterius per *l.*27. *C. h. t.* Prius verò per hanc *inductionem*, quæ illo dilemmate quo utitur Autor, est evidentior. Nimirum cui legitima debetur, vel *institutus* est, vel *non*. Illo casu vel in *tota legitima*, & nullam querelam habet, *l.*30. *C. h. t.* vel in *parte*. & cessante querela, suppletoria competit, *ex d. l.*30. Hoc casu vel est *præteritus* vel *exheredatus*. Præteritio, si etiam à patre facta, etiam olim testamentum nullum faciebat, *l.*1. *de inoff. rupt. l. f. C. de lib. præt.* quod & hodie repetitum. *Nov.*115. *c.*3 *auth. ex causa C. de lib. præt.* Si à matre, itidem hodie testamentum ipso jure nullum existit, *d. N. c.*3. *pr.* Exheredatio facta est

vel

vel *expressâ & insertâ causarum unâ* ex 14. & aliis *d.N.* 115. vel *non.* Illo casu *si hæres eam potest probare, vel de ea constet*, querela cessat, *si nequit*, eidem locus est: quia testamentum hîc est factum sec. formam *d.N.* & subsistit, *Iniquum tamen & contra officium pietatis factum censetur*, cum hæres causam inseriam probare nequit. *arg.l.1.& 2.h.t.* Quamvis enim Bachov. *ad* §.1. *n.6.vers.ege tamen l.h.t. ad Wes.in not. h. & ad Tr.disp.* 13.*th.1.F.* putet hoc casu potius dari implorationem officii judicis (ut is declaret an causa sit vera vel non) quàm querelam: tamen contrarium longè verius est. Hoc casu, & si nulla causa expressa, cessante querelâ testamentum esse *ipso jure nullum*, rectissimè 5. argumentis ostendit Bachov. *ad d.*§ *l.n.5.* Jung. Animadvers. nostr. 6 *ad Sutholt disp.9. aph.6 C.*

Quomodo detur liberis, & præparetur.

N. VIII. *Liberis quidem indistinctè*) Quomodo Querela præparari dicatur, habetur *in l.7.h.t.* Sed Q. *an etiam non præparata ad hæredes transmittatur?* Et verius contr. Wesenbec. distinguitur, quod jure veteri neque ad suos neque ad extraneos transmittatur, nisi præparata, per *l.6.*§.*f.h.t.l.34.C.eod.* Jure novo ad descendentes (sive suos sive emancipatos) etiam non præparata transmittitur, ad extraneos autem non, nisi præparata, *l.34.l.pen.f.C.h.* Neque officit (r) quod suis etiam jure vet. competat non præparata propter jus repræsentationis, quibus exinde injuria fieri videatur. Nam, præterquam quod aliud constet *ex d.l.6.* §. *f. h.* hic etiam non agitur principaliter de injuriâ vindicandâ, sed de rescindendo testamento, & hæreditate petendâ: neque actio injuriarum ad suos hæredes etiam aliter transit, quàm lite contestatâ, §.1.*I.d. per p.& temp.act.* Ita nec a) mutat *l.6. de transact.* in quâ mater querelam ad suos non transmittit. Ratio enim non est, quod in eâ jus antiquum contineatur, sed quod mater querelæ renunciaverat. Conf. Bach. *in not.*

An contra fiscum.

N IX. *Fiscus qui bona occupat*) Rectiùs dist. Gl. *in l.10.C.h.t.* ut competat querela *contra fiscum*, si bona ad eum perveniant jure successionis, si verò ut vacantia occupavit, petitio hæreditatis. Quoad *legatarium* verius est, contra A. adversus eum non dari hanc querelam *in all.l.29.* quod pro suo interesse saltem intervenıat, ut rectè explicat Bach. *in not.* De peculio castr. vel q.castr. res altioris est indaginis. Equidem *sec.l.f.C.h.t.* non subjacet querelæ testamentum quoad pecul.castr.

Contra legatarium.

vel quasi castr. Quo ad hoc (q.castrense) tamen illud correctum, *per Nov.115.c.4. & Nov.123.c.19.* ubi de clerico dicitur quod debeat legitimam relinquere de q.castrensi peculio. Et in militari justum hoc esse suadet favor rerum & militiæ armatæ ratio singularis. Add.§.*f.I.de test.mil.* ubi dicitur, quod filius de q.castr. peculio debeat jur.comm. testari. In milite, ut dixi, secus est; nec generalia verba *N.115.c.4.* debent adimere ipsi privilegium in *l.9.C.de mil.test.& l.9. C.h.* licet dissentiant Dd. comm. sec. Bart. *d.lib.*10.*t.8.n.21.* Exceptio est, si miles jure communi testamentum fecerit, tunc enim ex hoc æstimatur, & querelæ subjacet. *d.l.9. C.de test.mil.* Nec officit quod Bach. *ad Tr.h th.3.A.* opponit, sic privilegium datum esse modo testandi, non rebus. Nam verum est quod aliter non competat privilegium, nisi jure militari testamentum fiat, cum aliàs 7. testes requirantur. Ideoque in duobus illis casibus & hodie querelæ subjacent ejusmodi testamenta: Si in cæteris non est observata forma *d.N.* tum testamentum ipso jure nullum est.

An contra testã. pecul. castr. & q. castr.

N. X. *Non sanæ mentis*) Colorem hunc videre licet *etiam in aliarum gentium testamentis*, quibus de Grot. *h.in fl.ʃp.ad l.hoc colore.* Bart. vult hodie *istum non requiri*, sed satis esse proponi causam exhæredationis s. præteritionis veram non esse, sequiturque Gotofr. *in l.5.h.t.* Idem sentit Tun.Fab. *diss.anniv.ad Inst.h.t.* ubi rationem reddit. Bachov. *tamen videtur non malè istiusmodi colorem adhuc requirere; licet enim hodie testamentum per querelam evacuatum quoad legata valeat; tamen quoad principale & hæredis institutionem annihilatur. Et color non sanæ mentis prætenditur non q. quis verè furiosus vel demens testatus sit; sed quod rectè quidem fecerit testamentum, verum non* ex officio pietatis, *unde & inofficiosum vocatur. At tale adhuc semper est ejusmodi testamentum*, propter iniquitatem & injuriam *exhæredationis, l.3.& 4.h.* Confer ista pluribus explicantem post hæc scripta visum Mæst. *de just.ll.Rom. l.* 2. *c.* 49. Ideoque & hoc isti colori locus est. Add. Treutl. *not.aur.ad Vult.p.95.c.22.* & Bach. *ad Tr.h. th.6.E.*

Dolor non sanæ mentis hodie non requirendus.

Præsertim cum sit rescissoria) Rationem veram reddit Wesenb. cur querela saltem *quinquennio* doret, quod actiones civiles, qualis & hæc, sint perpetuæ, §.1.*I.de perp.& temp.act.* Nimirum quia *& contra leges est, & rescissoria*, dum rescindit illud quod jure civili summo validum est (quæ autem ejusmodi sunt, ceu odiosa, arctiori tempore constringenda veniunt) ratione externâ, ne ultima voluntas diu sit in suspenso. Exinde etiam est, quod si quis contra veritatem agat hac querelâ, eum perdere relicta, & fiscum ea ut ab indigno vindicare, *l.8.*§.*14.h.t.* Rectè itaque querelam cum rescissoriis actionibus *in l.33.de O.& A.* hactenus confert Autor. Quamvis enim ut refert Bach. *in not. h.* illæ sint annales, tamen hoc cum querelâ participant, ut, ceu odiosum quid, arctiori tempore quàm cæteræ actiones constringantur.

An & quomodo quer. sit rescissoria.

N.XI. *Quod tamen hodie correctum*) Q. *an rescisso per querelam testamento, nihilominus legata, fideicommissa, dationes tutelarum &c. valeant?* Rectè affirmat A. *per N.115.c.3.& auth.ex causa C.de lib.præter.* Cum enim Imperatori saltem fuerit propositum auferre à liberis injuriam exhæredationis & præteritionis, voluit quoque *corruere* saltem testamentum *quoad institutionem*, non quoad legata vel fideicommissa, utpote quæ parens, etiam non institutis relinquere potuisset. Neque officit quod Bach. *ad Tr.d.disp.th.7.lit.C.th.1.B.& ad Auth.h.* opinatur, nec hodie ex testamento per querelam rescisso deberi legata &c *quod sec.d.N. testamentum ipso sit jure nullum* (*cum lex inibi citra ullum periculum adjudicet hæreditatem, in judicio autem querelæ dubius litis eventus sit adeundus*) *adeoque eius dispositio ad querelam non pertineat.* Nam quamvis ista Nov. non directò, tamen *implicite* eo spectat. quandocunque enim constat filium injustè esse exhæredatum, testamentum saltem corruit quoad institutionem, *d.N.115.c.3.* At quando per institutam querelam rescissum est testamentum constat filium esse injustè exhæredatum. E. Duplex enim remedium habet filius contra testamentum patris, vel *jus dicendi nullum*, si non observata sit forma institutionis *d.N.* præscripta, vel *Querelam*, si eâ observatâ testamentum *contra officium pietatis* factum. Quomodocunque autem constet de injustitiâ institutionis, præteritionis vel exhæredationis, semper hic effectus est, ut nullum sit testamentum *saltem quoad principale* in quo vitium erat, *arg.l.34.sub fin. C. de donat.* Quomodo ex facto consulto in Collegio nostro Juridico sæpius respondimus. Add. not. *infr.ad tit. de lib.& posth.hered.n.5.* Bart. *d.l.10.t.10.n.6.* Dn. Richter *dec.50.* Wurmſ. *contr.4 ad* §. 1. *de exh.lib.n.13 & seqq*

An hodie per Quer. rescindatur testamentum saltem quo ad institutionem. Aff. A. Resp. Bachovio dissentiens.

TITULUS III. C. 3. 31.

De hæreditatis petitione.

1 *Continuatio: & affinitas hujus actionis cum præcedenti.*

QUærelæ inofficiosi testamenti affinis est Petitio hæreditatis, nam & universalis est, *gl. & Dd. in Rub. C. de inoff. testa. per l. item 20. §. item hoc tit.* & hæreditatem petit, quomodo illa, ac (sicuti antè diximus) illius veluti pars est, aut certè sequela, aut (ut volunt Dd.) illa hujus præparatoria, *gloss. hoc in Rub. & in Rub. C. de inoff. test. & de pet. hæ.* ita ut cumulari uno libello possint *vide sup. tit. 1. ubi dixi.* Quare post expositionem querelæ de inofficioso testamento, ordine sequitur, ut de petitione hæreditatis agamus.

2 *Quid sit petitio, quid sit hæreditas.*

Petitionis verbo, plerunque actiones reales significantur, *l. pecunia 178. §. 2. vers. petitionis de verb. sign.* Cum itaque hæc actio realis sit *l. sed etsi lege 25. § petitio 18. h. t.* rectius petitio, quam actio nominatur. Hæreditas nomen juris est: *d. l. pecunia. vers. hæreditas.* & etiam sine corpore intellectum juris habet: *l. hæred. co... hoc tit.* hoc est, intelligitur ex juris disciplina hæreditas existere, quantumvis nullum corpus, seu nulla res corporalis, quæ sub sensum aspectumque cadat, in ea reperiatur: ut cum aliquis mercator tantum nomina & actiones, vel etiam duntaxat æs alienum, in hæreditate relinquit. Hæreditas Ciceroni *in Topic.* est pecunia (nomine scilicet generatim usurpato. *l. pecun. 178. de verb. sig.*) quæ morte alicujus ad quempiam pervenit, nec ea legata testamento est, aut possessione retenta. Theophilo, *Inst. de reb. corp. & incor.* Jus quoddam certis modis constitutum, & intellectu comprehensum, quod alieni patrimonii universalem dominium jure efficiet: Juliano *l. hæreditas 62. de reg. jur. l. nihil 24. de verb. signif.* successio in universum jus quod defunctus habuit, qua de re alibi *ad tit. inst. de hær. inst.* diximus.

3. *Divisio petitionum.*

Hæreditas autem petitur aut ex jure Civili, aut ex jure Prætorio aut S. C. & petitur vel Tota, vel pro Parte: ex quo fit, ut plures numerentur petitionis species, de quibus singulis est dicendum: ac primum de civili & Universali hæreditatis petitione.

4 *Definitio petitionis hæreditatis.*

Ita sic definiri potest; Ut sit actio civilis, universalis, in rem, petitorii judicii, bonæ fidei: qua quis petit hæredem se declarari, hæreditatemque jure ad se pertinentem, ab eo qui pro hærede vel pro possessore possidet, sibi restitui.

5 *Quæ sint propria: & explicatio definitionum.*

Dico esse Civilem, nam etsi prætor eam proponit in Edicto, *l. 1. in princ. si pars hære petat.* tamen ea jure civili, quo hæreditates petuntur, *l. 1. & 2. hoc t. l. lege 130. de verbor. significat.* eam proponit, ut reliquas juris civilis vendicationes, *l. prætor. 1. inf. tit. 1. ubi vide* atque etiam personales actiones, *l. tam proximè commod.* Dico esse Universalem, *l. 1. in prin. in verb. post actiones quas de universitate &c. de rei ven. gloss. in l. 1. de edend. Jaso post. alios in Rubr. C. de inoff. testamen.* Ut enim Universale est judicium dotis, *Dd. in Rubr. solut. matr. gloss. in l. quod dicitur §. verb. sed dotis. de impen. in res dot. fac.* peculii: *l. item 20 §. non solum 10 h. t. in gl. in d. l. quod dicitur. Jaso in l. 3. n. 10. C. de edend.* jurisdictionis *Jas. in d. l. 3* &c. ita & est petitio hæreditatis, petitur enim ea corpus bonorum, hoc est, universitatis, *l. 1. de rei vend. gl. in l. 5. verb. sed dotis vers. patrimonii de impens. in res dot. fac.* in qua sunt varia jura, & diversæ species, res corporales, incorporales, moventes, mobiles, immobiles, &c.

6 *Cur petitio sit universalis, civilis, realis, bonæ fidei, &c.*

Quare cum actiones assimilentur rebus quæ his petuntur *gl. & Dd. in l. 1. C. si advers. transf. & in § hæc ergo verb. numerand. in Auth. de non alien. Bald. in l. jubemus 14. C. de sacr. Eccles.* cumque judicentur de actione, ut de re ad quam petendam destinata est: *Bart. Inc. de Are. Alc. in l. inventarium. de verb. signif. Cast. in l. quam Tuberonis § fin. de pecu. Alex. in l. à divo Pio §. in vend. in 1. not. de re judic. latè Tiraq. in retrac. prox. §. 1. gl. 7 num. 17.* sequens est, petitionem etiam hæreditatis, quæ ad universitatem bonorum persequendam proposita est, universalem esse *d. l. 1. de rei vend.* Nec obstat, quod etiam res minima *l. licet 10. h. t.* & singularis. & non modo tota hæreditas, sed etiam pars ejus peti possit, *l. ... & 1. si pars hær. peta.* nam & qui rem singularem petit ut hæreditariam, universaliter agit, petit enim se declarari hæredem, hoc est, universitatis dominum: & jus suum metitur, non ex eo quod adversarius possidet, sed quod ipse habet *d. l. 1.* &, qui partem petit hæreditatis, universitatem petit: quod enim juris obtinet in toto, idem & in qualibet ejus parte *l. quæ de tota 76. de rei vend.* & ut hæreditas tota est universale corpus bonorum, ita & quota hæreditatis portio, *§ restituta cum seqq. Inst. de fideicomm. hæred. l. non amplius 16. & fin. de legat. 1 l. si quis servum. ... fin. cum l. seq. de leg. 2.* Addo esse Realem, *l. sed etsi 25 § petitio, 18 hoc tit.* ea de causa, quod detur contra possidentem, *l. nec ullam 13. §. fin. cum ll. seqq. h. t.* qui nullo ex contractu ad dandum vel faciendum obligatus est, sed ratione ejus quod possidet, ut id scilicet restituat, convenitur, id quod proprium est actionum realium, qua peculiari velut nota, a personalibus discriminantur, *§. 1. Inst. de actio. Jas. in Rubr. C. de inoffic. testament. Bald. in l. si certis annis antepen. C. de pact.* Habet tamen hæc actio præstationes aliquod personales, *d. l. sed etsi §. petitio.* quarum respectu, mistam causam obtinere dicitur, *l. hæreditatis 7. C. eodem §. quædam Inst. de act.* Quandoquidem enim universalis est, in eamque veniunt omnia quæ ea bona fide (unde bonæ quoque fidei existimatur, *l. fin. C. eodem, § actionum, in fin. Inst. eod.*) præstari æquum est: fit, ut interdum dari etiam quippiam a possessore petatur: puta precia rerum distractarum, aut æs alienum à debitoribus exactum, *l. item veniunt, 20 cum ll. seq. hoc tit.* Petere autem vel Dari, proprium est personalium actionum: in quibus ad dandum vel faciendum agitur, sicut in realibus ad restituendum, *§ 1. de act. l. actionum 25 de act. & oblig.* Hoc igitur respectu, petitio hæc mistam obtinere causam intelligitur: alioqui sua natura est realis, *d. l. sed etsi 25. § petitio, Maran. parte judic. 4. dist. 3. nu. 4 ubi dicit hanc esse comm. vide Jas. in § sed istæ nu. 42 & , item Sortunana nu. 121. Inst. de act.* eoque & petitio dicitur, *l. pecunia 78 vers. petitio de verb. signific.* & Vendicatio, *l. legitimam 8. hoc tit.* & actor in Rem agere, *l. si bona 49. h. t. l. 3 C. eodem* ac vendicare, *d. l. legitimam* perhibetur. Dico esse petitorii judicii: *Jas. in §. actionum nu. 114. Inst. de actio.* quia actor non modo petit sibi res hæreditarias restitui, quod est commune cum possessoriis: *l. 1 §. 1. verb. restitutoria de interdict.* sed etiam jus suum declarari, & se pronunciari hæredem, hoc est: dominum, perinde atque in rei vendicatione. Hæredem enim dominum veteres appellarunt, tanquam herum, *§ fin. Inst. de hære. qual. & differen.* Dico esse Bonæ fidei: *d. l. fin. C. eod. § actionum verb. petitio, &c. Inst. de act.* Nam cum sit universale judicium, & augmentum ac decrementum, *d. l. item, 20. §. 1. h. t.* natura sua, pro ratione variantium circumstantiarum & variis rerum eventis recipiat: ideo certa formula concludi, & strictis judiciorum regulis includi nequit. sed quo suum cuique rectè tribuatur, ex bono & æquo ut interpretationem recipiat, necesse est: idque & publice interest, ut voluntatibus defunctorum, ad quas pertinet hæc petitio, prolixius consulatur, *l. 1. C. de sacros. Eccles. l. 3. de testam.* Neque enim solum ab intestato, sed etiam ex testamento hæc actio proponitur, & utrocunque modo agatur, semper ex voluntate defuncti agi intelligitur: qui non facto testamento, præsumitur sponte sua hæredes ab intestato sibi succedere voluisse, *l. 3. l. conficiuntur 8. de jure codic.* Addo, Qua quis petit se hæredem declarari, & sibi hæreditatem restitui, &c. Sunt enim duæ hæ actionis partes: *Bar. in l. 1. C. quor. bon.* quarum altera petit se actor hæredem sententia judicis declarari, altera Res hæreditarias sibi restitui.

Species hujus actionis duæ sunt præcipuæ; alia enim Directa est, quæ datur contra eum, qui pro hærede aut pro possessore possidet. alia utilis, quæ competit adversus eum, qui a possessore rem habet. *l. nec ullam 13. § quod si 4. § si quis servum 8. & § item si quis 9 § apud Marcellum 10. hoc tit.* Deinde alia est civilis, & hæc aut in Totam hæreditatem, *ut hoc tit.* aut in Partem intenditur: *ut in tit. seq.* alia prætoria, quæ ex jurisdictione magistratus, bonorum possessoribus datur: *inf. de poss. hær. petit.* alia Fideicommissoria, quæ ex S. C. fideicommissariis universalibus, *infr. de fideic. hær. petit.* bonorum possessoribus, *l. 2. & 3. fideicom. hær. petit.* & aliis qui pro hæredibus ex S. C. habentur, competit: ut nec mere civilis sit, nec prætoria, cum ab his distinguatur: *d. l. 2 & 3.* sed commune quoddam remedium utile his, qui quidem directo non sunt hæredes, sed quasi, & pro hæredibus sive jure civili sive prætorio habentur, *l. 2. & 3 de fid. hær. pet.*

7 *Species petitionis.*

Causa igitur efficiens remota hujus actionis, est Lex, Prætor, S. C. Causa propinqua, Jus hæreditarium, quod agens habere intendit: sive ex testamento, sive ab intestato, sive ex veteri jure XII. Tabul. sive ex novo: *l. 1. 2. 3 h. tit.* sive per se id habeat, sive per alios, *d. l. 1. 2. 3.* Nam & hæres hæredis pro hærede est: *l. si hæredem 10. C. eod. l. fin. C. de hær. inst. de quo tamen vide Paul. lib. 3. tit. 3. junc. l. 6. § ultim. de inoffic. test.* & indifferenter quicunque hæredes se esse intendunt, hac actione agere possunt: etiam filius contra patrem, de successione materna, *§. fin. hoc titul.* &c. Datur autem eo ordine, ut primum scriptis detur hæredibus. *l. legitimam 2. hoc titul. l. si semper 9. C. eodem Bart. in l. si quis 13. hoc tit.* post, causa testamenti evacuata, illis qui ab intestato veniunt, *d. l. legitimam.* quanquam potest quis etiam omnem hæreditarii juris causam in judicium deducere non expresso eo, utrum ex testamento agat, an ab intestato *gloss. & Dd. in l. ultim. ad verb. præclusisse C. de codicill.* &

8 *Causa efficiens. & quibus, contra quos, coram quo judice hæc actio detur: & quomodo, quoque ordine sit proponenda.*

& in l. ex fex-tante verb. de jure. de except. rei judica. Nam libelli generales & incerti, in his universalibus judiciis facilius admittuntur: cum horum judiciorum natura talis sit initio, ut propter varietatem rerum certo definiri designarique nequeant, sed post per probationes, & officio judicis dilucidentur, *glo. & Doctores in l. 1 in princip. de eden. l. 2. C. qua sent. sine cert. quant. § curare. Institut. de act. vide omnino Schurff. cons. 63. cent. 1.* Quare crediderim, & alternative ab his, qui ab intestato succedunt, agi recte hoc modo posse. Peto ex testamento, si quod factum est: & ut de hoc constet, peto illud exhiberi, & possessorem ad jusjurandum cogi, utrum aliquod in bonis hæreditariis repererit, an non: sin autem nullum omnino factum est, peto eandem hæreditatem ab intestato, *Pet. Iacob in for. petit. ab intest num. 3. Ias. num. 6. post glo. & Bart. in l. controversia d. transac. vide tamen l. ult. C. de codic.*

9. *Quando sit proponendis: & cum quare datur, contra quem.*

Maxime si aut ex facto adversarii, callide celantis testamentum, aut aliunde probabilem habeat actor dubitandi causam, *per doctrinam Bart in l 1. num 2. quor. bon Ias. in § curare num. 7. Inst de actio. Dec in l. nemo 43. § quoties de regul. jur.* nec enim altera petitio alteram impedit: neque sententia in una lata parit exceptionem in altera: ut hic nulla regula, prohibens cumulationem, obstare possit, *l. legitimam. 8. hoc tit. gloss. in l. ex sextante verb. de jure de excep. rei judic. & in l. fin. verb. praclusisse, ubi Salic. num. 7. C. de codicill.* Alias fateor verum esse, ab intestato non ante commodum peti, quam cognitum exploratumque sit ex testamento hæreditatem peti non posse: *§ proximus Instit. de leg. ag. suc. §. cum autem in verb. eo tempore quo certum est aliquem sine testamento decessisse. Institut. de har. qua ab intesta. l. scripti 9. C. eodem, l is qui putat 15. cum ll. seqq l si quis. 21. cum l seq l pater 93. de acquir hared.* quemadmodum nec idonee petitur, priusquam constet hæreditatem esse: hoc est, eum esse defunctum, de consequenda cujus hæreditate lis est. *Roff in summa de petit hared.* Viventis enim nulla est hæreditas, *l. 1 de har. vel act. vend.* Necessaria autem hæredibus istiusmodi est actio: quia licet ex l. ipso jure hæredes fiant, & adita animo hæreditate, *vide infra de acquir. hæred.* statim dominium & omne jus defuncti, ab ejus morte consequantur, *§ fin. Inst. de har. qual. l omnia 193. l. omnes. 138. de reg. jur. l. si ex eo 58. § fi. de stipul. ser.* occupare etiam vacantem, neque ab alio hæreditatem possessam possint: *Baldus in l. fin. numer. 3. ubi etiam Bart. Cyn. Fab. doc. Ias. C. de edic. divi Adriani. tollen. Ferrar. in for. lib. quo peta har. ex test. ad verb injusta num 1 & 4. Innoc. Imol. & alii in c. cum in officiis, de test. vide infra Quor. bono.* tamen ubi alius pro hærede vel possessore eam possidet, privata eum authoritate expellere prohibentur: eo que legitima hac actione restitui ut sibi petant, necesse est: cum tantum dominium, quod est juris, non etiam possessio, quæ plurimum facti habet, adita hæreditate ipso jure transeat, *l. cum hæredes 23. de acq. poss. vide infr. ad tit. Quor. bono.* Datur ergo hæc actio hæredi isto casu quando scilicet hæres factus est adeundo, *vid. Roff. in summa,* & tamen possessionem necdum est adeptus, nec sua privatum authoritate adipisci potest. Nam ea semel quæsita & adepta, amplius ad res amissas repetendas non datur. Hæreditatis petitio *vide late Ias. in § actio. num. 215. Instit. de actio.* (desiit enim esse hæreditas) sed superest tantum Rei vendicatio. *Dec. in l. hæreditas 67. numer. 3. & 4. de reg. jur.* Proponi autem hæc actio utrovis loco potest, vel ubi domicilium possessor reus habet, *Bart. & Bald. in l 1. C ubi de har. agi.* vel ubi major hæreditatis pars est sita: *gloss. Bartol. & Dd. in l unic. C. ubi de har. agi Bald. in l. 2 quemo testam. ape.* & si pluribus locis dissipata sit, pluribus etiam locis potest intentari: *Baldus & Castr. d l unic.* sicut pluribus locis in possessionem bonorum missio peti potest. *Bald Castr. Salic. in d. l unic.* electioni scilicet actori concessa, quo potissimum in foro agere velit, *l fin. C. de jurisdict. l. fin. C. de long. temp. præsc.* Nam etsi actor sequitur forum rei *d. l ult. C. de jurisdic.* tamen cum pluribus hic locis jurisdictioni obnoxius est, tum in arbitrio & potestate agentis est eligere ex omnibus forum maxime idoneum, præsertim in realibus: *gl. Castr. & Dd. in l. ult. C. ubi in rem act.* alioquin reus variando ludificari, & subterfugere judicium posset, *l. 3. in princ. de eo quod cert. loc.*

10. *[illegible] pro possessore vel hærede possidetur, & cur non datur contra singulari modo possidentem.*

Quamvis autem olim hæc actio apud Centumvirale judicium solita est exerceri *l. fin. C. eo.* tamen deen hodie, utpote Centumviralibus illis judiciis sublatis, subtilius quæri non est necesse, proque explorato illud habendum est, coram quovis ordinario fori competentis judice, hanc instrui actionem posse. Quæ quidem competit adversus eum, qui Pro hærede vel Pro possessore, jus aut rem hæreditariam, licet minimam, *l. regulariter. 9. cum ll. seqq. l. 4. h. t.* possidet, *d l regulariter. l hæreditatis 7. C. eod.* Pro hærede autem possidet, qui putat se hæredem esse ejus, de cujus hæreditate agitur, *l pro hærede 11. cum ll. seqq. h. t.* Nam si velut alterius hæreditatem possideat, hac actione conveniri nequit, quia titulo singulari & extraneo possidet: *Bart. & Dd. in d. l pro hærede vide Appell in dialect. c. 1.* ut paulo post dicemus. Nec interest, utrum se putet ex justa causa hæredem, an ex injusta, *l item. 10. § prater. 6. l. sed etsi. 5. §. scire. 4. hoc t.* quin etsi vere sit hæres, dabitur tamen contra eum ut cohæredem, Hæreditatis petitio, si actorem pro cohærede agnoscere nolit, *l. 1. § item 4. si pars hæred. peta l. permittendum. 8. eod. tit.* Sed & is qui scit se hæredem non esse, tamen si contendat, potest pro hærede conveniri, *l. pro hærede 11. h. t.* nec enim interest utrum quis bona an mala fide possideat. Quod ita accipiendum est, num scilicet is qui ita scienter possidet, aliquam causam Pro hærede possidendi habet & obtendit: ut cum emit ab eo hæreditatem, quem scivit jus vendendi non habere. Etsi enim malæ fidei est, tamen non continuo prædo est, & pro possessore tantum possidet, qui pretium numeravit: *l. nec ullam 13. § si quis scient. h. t.* alias vero si per mendacium, & sine ullo probabili prætextu aut causa contendat se hæredem, qui scit hæreditatem ad se non pertinere: is non pro hærede: sed pro possessore possidere intelligetur, *l. qui interrogatus 12. h. t.* Pro possessore enim possidet prædo, qui interrogatus cur possideat, petiturus sit principium: nec aliud responsurus quam, Quia possideo; nec contendit se hæredem, aut per mendacium contendit, *l pro hærede. 11. § fi. cum l. seq. h. t. l sed etsi 25 §. 1. l prædonis 46. h. t.* Hi autem tituli, Pro hærede & Pro possessore, omnibus titulis qui ex eodem jure hæreditario consequuntur & fluunt, cohærent, *l. nec ullam. 13. § 1. h. t.* Pro hærede quidem titulus, omnibus his qui veri & justi sunt. Nam bonorum possessores, & reliqui qui pro hæredibus habentur, *l. item 22. §. beat. 11. h. t.* item singulares successores hæredum, puta qui a putativo hærede emerunt, aut ex alia causa titulove quæsiverunt, pro hæredibus conveniuntur, *l. sed etsi 25. § item. 12. h. t.* saltem utiliter, *l nec ullam 13. § quod si 4. hoc tit.* Pro possessore autem titulus cohæret reliquis omnibus titulis injustis & nullis: ut si quis emit nulliter a furioso, aut donatum accepit ab eo, qui donare prohibetur, puta a conjuge se pro hærede gerente, *d. l. nec ullam. 13 §. 1. &c.* Paria enim sunt, Nullo titulo possidere, vel non justo neque valido possidere *d. l. nec ullam 13. §. 1. § sciendum Institut. de satisd. tut.* Oportet autem possessorem esse qui conveniatur, ut in Rei vendicatione: nec enim implere intentionem hujus actionis potest, hoc est, restituere nequit, qui non possideat. quare qui restituit hæreditatem, aut res alienavit, hac actione teneri nequit, nisi dolo & sciens fecit, atque ita propter dolum pro possessore teneatur, *d. l. nec ullam 13. §. fin. l quod si 16 cum multis ll. seqq hoc titul.* Debitor quoque hæreditatis, pro possessore habetur, quia possessor juris est. Jura porro hac etiam actione petuntur, ut paulo post dicam: quare & hunc teneri petitione hæreditatis, certum est, *d. l. nec ullam 13. §. fin. l. sed utrum 14. cum ll. seqq. hoc titul. l. fin si pars hæred. peta. l fundus. 52 § fin. ff famil. hercisc und.* Nam quod ait Ulpianus, *l. si debitor. 42 hoc titul.* non teneri debitorem petitione hæreditatis, qui non ideo noluit solvere, quod se dicat hæredem, sed quod neget aut dubitet, an hæreditas pertineat ad eum qui petit hæreditatem: accipiendum est de eo qui solvere paratus est, dummodo actor sit is cui solvi debeat. In quem merito non datur actio: sed potius ostenso summatim actoris jure, indulgebitur ei spacium ad solvendum eum competenti cautela, ut alibi dicitur, *l. si debitori. 21 de jud.* Porro qui alio titulo quam qui ex hæreditate fluat, possidet, sive singulari sive universali: is Petitione hæreditatis non tenetur, sed Rei vendicatione conveniri debet. *l. hæreditatis, 7. C eo l. 4. C in quibus caus. cess. long. temp. præscript.* Nam petens hæreditatem, nullum jus dominii in judicium deducit, sed jure defuncti utitur, petitque res ab eo possessas, non modo jure dominii, sed quovis etiam alio, *l. & non tantum, 9. h. t. Bart & Dd in l. hæreditas 9. C eo. Ias. in l non hoc 4. C. unde leg. Bart. in l. ut jurisjurando. 7. § si liberi de oper. lib. Iacob. in tract. feud. verb. & cum pacto quod ipsi. numer. 7.* Itaque quando par & æquale jus possessionis habeat ille qui alio titulo quam Pro hærede vel possessore possidet, non potest ei ab actore res auferri hac actione: cum ne a defuncto quidem quo potius jus haberet hæres nequit, ut in cujus locum se successisse prætendat, sic agenda auferri potuisset. In pari quippe causa, melior est possidentis conditio: *c. in pari. de reg. jur. in 6. § retinenda, vers. commodum. Inst. de interd. l. fin. C. de rei vendic.* cui (nisi ex adverso intentata vendicatione probetur dominium) possessio sua auferri nequit, *l. ult. C. de rei vend.* In hac autem actione non probatur dominium, sed tantum res fuisse hæreditarias proponitur, quæ etiam aliena in hæreditate esse potuit: consentaneum igitur est, non satis eam habere virium, ad possessionem tertii possessori, qui ab hæreditate causam non habeat, auferendam, *vide late Ias. in § actiom. num. 195. Inst. de actio. Cast. in l. 2. C eod.*

11. *Materia, quod in*

Porro in hæreditatis petitionem veniunt universæ res hæreditariæ (non etiam feudales, *Ias. in §. act. num. 210. Instit. de actio. Socin. consil. 29. adsit num. 7. vol. 2.* nisi cum tota succ[illegible] feuda-

petitionem veniat: & explicatio S.C.

feudalis petitur, *Imol in l. si patrani vers. extra. ad S. C. Trebell. Roff de pet. har num. 11. 12 per doctrinam gloss. & Bart. in l. item. vedendum. 18. §. fin ad verb sive jura. h. t. vide latè Ias. in l. Gallus, §. quidam num. 41. de lib. & posth. melius Bart. in l. jurisjurandi. 7. § si libers de oper. lib. Iac. in tract. feud. ad verb. & cum pacto quod ipsi, num. 7.* aut feudum est hæreditarium, *Mynsing. observ cent. 3 observ. 67. per Dd. in c. 1 an agnat. vel fil.*) sive jura, sive corpora, *d. l. item. 18. §. fin. cum ll. seqq. h. t.* sive etiam singulares, *l. licet 10. h. t.* Non enim metitur actor intentionem suam ex eo quod possidetur, sed ex jure ipso quod habet, *l. 1. inf. si pars hæred.* Nec tantum petuntur hæreditaria corpora, sed quorum etiam periculum ad hæredem pertinet: ut res depositæ, commodatæ defuncto *l. & non tantum. 19 h. t.* &c. (ex quo perspicuum fit, quod ante dictum est, nullum dominii jus in hoc judicium deduci) una cum fructibus precio rerum distractarum, & quæ quacunque ex causa ad hæreditatem accesserunt, *l. item veniunt. 20. cum multis seqq. hoc tit.* aut accedere potuerunt, *d. l. item 20 § redacta, 13.* Nam fructus & reliquæ accessiones augent hæreditatem, utpote jus universitatis: eoque actionis jure, non officio judicis hic debentur, *d. l. item 20. §. 1 l. sed etsi, 25. §. fin l. ancillarum, 27. h. t. l. 2. C. eod.* qua de re tota, extat S. C. tempore Adriani Imperatoris factum: cujus partes & verba considerare fuerit, ut opinor, operæ precium. Partes autem præcipuè sunt duæ: quarum in prima, agitur de restitutione hæreditatis, quam bonæ fidei possessor facere debet: in altera de restitutione, quæ à malæ fidei possessore flagitatur. Bonæ autem fidei possessor est, qui justis ex causis existimat ad se hæreditatem pertinere, *l. item 20 §. prætor. 6. h. t.* Causa autem justa, etiam error juris est, *l. sed etsi. 25. §. scire, 4. h. t.* quia quælibet causa, etiam frivola, à dolo & mala fide excusat, *l. igitur 12 de lib. caus. gloss fin. in fin. & Dd. in l. unic. si quis jus dicenti non obtemp.* Malæ vero fidei possessor est, qui sciens hæreditatem ad se non pertinere, eam invasit, cum nullam haberet justam possidendi causam, *l. sed etsi 25. §. 1. h. t.* Post petitam autem hæreditatem quilibet possessor incipit malæ esse fidei, *l. item 20. §. petitam, l. si quid, 30. §. 1. hoc tit.* quia de suo jure dubitare incipit: nec opus est litis contestatione, sed sufficit moveri controversiam, *l. sed etsi 25. § si ante 5. hoc tit* & a quocunque denunciari, *l. item 20. § prætor. 6 & § petitam 9 h. t.* Sed etsi non denuncietur, sciat autem possessor ad alium rem pertinere & peti posse, malæ fidei possessor efficitur, *d. l. item, 20. petitam. 9. hoc tit.* Verba porrò S.C. hæc recitantur, *d. l. item 20. § prætor 6. h. t.* PRIDIE IDUS MARTIAS, QUINTUS JULIUS BALBUS ET PUBLIUS JUVENTIUS CELSUS, TITUS AUFIDIUS ET OENUS SEVERIANUS COSS. (scilicet duo magistratum gerentes, duo vero designati in futurum annum) VERBA FECERUNT DE HIS QUÆ IMPERATOR CÆSAR, TRAJANI PARTHICI FILIUS (adoptivus scilicet) DIVI NERVÆ NEPOS, HADRIANUS AUGUSTUS IMPERATOR MAXIMUSQUE PRINCEPS PROPOSUIT, QUINTO NONAS MARTIAS, QUÆ PROXIME FUERUNT, LIBELLO COMPLEXUS ESSET QUÆ FIERI PLACEAT. (solent enim boni Principes in novo jure constituendo, rem proponere oratione Senatui deliberandam, unde orationes Principum dictæ, *l. oratione de sponsal l. 1. de reb eorum cum simi*) DE QUA RE ITA CENSUERUNT: CUM ANTEQUAM PARTES CADUCÆ (quæ videlicet deficientibus scriptis hæredibus aut legatariis, jure veteri, ex constitutione Augusti (ut est apud Dionem) ad fiscum devolvebantur: ut is, bellis civilibus jam plane exhaustus, sine cujusque injuria & expilatione subditorum, hac ratione locupletaretur: *l. unic. in prin. C. de caduc tollend.*) EX BONIS RUSTICI FISCO PETERENTUR, HI QUI SE HEREDES ESSE EXISTIMANT. (atque ita bonæ fidei existunt possessores, *l. item 26. § prætor. 6. l. sed etsi 25 §. scire 4. hoc tit.* De his enim hac in parte agitur) HÆREDITATEM DISTRAXERINT: PLACERE, REDACTÆ EX PRECIO RERUM VENDITARUM PECUNIÆ USURAS NON ESSE EXIGENDAS. (Etsi enim precium & pecunia merito petitur, velut res hæreditaria, quippe redacta ex hæreditate: *l. item 20. §. redacta 13. cum seqq hoc tit.* in qua, utpote jure universali, precium succedit loco rei *l. 2 § ubi gloss & Dd. de hæred vel act vend. d. l. item 28 hoc tit* tamen usuras in hoc bonæ fidei judicio exigi ab eo, qui neque in mala fide esset, neque moram ullam in restituendo faceret, *l. mora 32. §. in bonæ fidei inf de usur.* esset periniquum) IDEMQUE IN SIMILIBUS CAUSIS SERVANDUM (ut in bonis vacantibus, vel aliunde fisco acquisitis: *d. l. item veniunt. 20. § ait Senatus 7. l. 1. de jur fisc.* item in privatorum, quibus hæreditates obvenerunt, petitionibus: ut quamvis S. C. duntaxat de bonis fisco acquisitis loquatur, tamen eodem quoque jure, privati hæreditatem petentes uti debeant, *d. § ait Senatus 7.*) ITEM PLACERE A QUIBUS HÆREDITAS PETITA FUISSET, SI ADVERSUS EOS JUDICATUM ESSET, PRÆCIAQUE AD EOS RERUM EX HÆREDITATE VENDITARUM (ante petitionem scilicet institutam: nam ea facta amplius quicquam alienari non potest, *l. 5. h. t.*) PERVENISSENT, ETSI EÆ ANTE PETITAM HÆREDITATEM DEPERISSENT, DEMINUTÆVE FUISSENT, (hoc est, in rerum natura esse desiissent, aut corruptæ vel usucaptæ essent, *l. deperditum 21. h. t.*) RESTITUERE DEBERE, quatenus scilicet locupletiores facti sunt, *l. lucrum 23 h. tit.* nam omne lucrum, & quicquid quacunque occasione ex hæreditate obvenit, auferendum est, non etiam aliquid amplius, *l. etsi 25. § fin l. ancillarum 27 l. post 28 h. t.* Iniquum enim esset, bonæ fidei possessores damno affici, & supra quam acceplssent exigi: de quibus hac in parte S C agit. Ad malæ verò fidei possessores subsequentia pertinent. ITEM EOS QUI BONA INVASISSENT, CUM SCIRENT AD SE NON PERTINERE, (hoc est, nullam justam possidendi causam haberent: *d. l. sed etsi 25 § quod autem 2.*) ETIAMSI ANTE LITEM CONTESTATAM FECERINT, QUO MINUS POSSIDERENT, PERINDE CONDEMNANDOS QUASI POSSIDERENT. In toto enim jure, qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, *l. qui dolo 31. de reg. jur.* & condemnatur, *d. l. sed etsi 25. §. perinde 6 h t l. sin autem, 27. § sed & si de rei vendic.* Dolo sed enim desiit possidere, qui sciens sibi jus in rebus nullum esse, eas tamen alienat atque distrahit. Quare istiusmodi ita tenentur, ut si res extent, quamvis sint distractæ, redimere eas ac præstare debeant: sin recuperari nequeant, tanti damnentur, quantum erit in litem ab actore juratum: sin autem deperditæ vel diminutæ sint, verum earum pretium debeant, *d. l. item veniunt 20 § restituere, § ult.* una cum accessionibus, incrementis, fructibus, non modo perceptis, verum etiam qui percipi potuerunt, *d. l. sed etsi 25. § quod autem, 2. cum § seq l. cum hæreditas 36. h. t. vide Cast & Dd. in l. 1 & 2. C. eod.* Nam ad horum quoque præstationem malæ fidei possessores urgeri æquissimum est: EOS AUTEM QUI JUSTAS CAUSAS HABUISSENT, *d. l. item 20. §. prætor vers. eos autem.* QUARE BONA AD SE PERTINERE EXISTIMASSENT, USQUE EO DUNTAXAT, QUO LOCUPLETIORES EX EA RE FACTI ESSENT, PETITAM AUTEM FISCO HÆREDITATEM EX EO TEMPORE EXISTIMANDUM ESSE, QUO PRIMUM SCIERIT QUISQUE EAM A SE PETI. (nota, ex quo tempore in hoc judicio quis intelligat fieri malæ fidei possessor) ID EST, CUM PRIMUM AUT DENUNCIATUM ESSET EI, AUT LITERIS VEL EDICTO EVOCATUS (hoc est, citatus ad experiendum super hæreditatem) ESSET, CENSUERUNT. Et hæc quidem de materia hactenus: *vide de ea plura apud Paul lib. 1. sen. 13. d. l. & non tantum cum seq.*

12. Forma & ratio petendi in libellandi.

Forma porro Petendi, ex definitione paulo ante tradita colligi potest. Diximus enim, duas esse hujus actionis partes: quarum altera, Se hæredem declarari, aut quod perinde est, hæreditatem esse suam, *l. licet 10. h. tit* altera, Sibi hæreditatem restitui, petitor intendit, *Bar. in l. 1 C quo bon.* Usitatè tamen ita libellus concipi solet, ut primo ponatur, defunctum esse eum, cujus hæreditas petitur, *vide Roff. in summa de pet. hær. Bald. in l. 3 num. 72 C. de eden. Alex cons. 70. nu 10 & cons. 152. num. 3. volum. 6.* (viventis enim nulla est, *l. 1 de hær. vend.* nullaque adiri, petive potest hæreditas, *l. qui superstit. cum simil. de acquir. hær.*) & hujus hæredem esse actorem vel ex testamento, vel ab intestato: *l. 1 & 2. h t.* aut hæreditatem saltem hanc ad actorem pertinere, *Bart. in l. 2. h t.* eoque ab illo esse animo aditam: nisi enim adierit, petere nequit. Quod licet ita sit, tamen reum sine justo aliquo titulo atque causa, res hæreditarias possidere, nec petenti actori restituere velit, Quare petere agentem, ut primo declaretur esse hæres, *l. licet 10 h t. l. 1 § 1 inf. tit. Bart. in l. 1. C. quor. bonor* aut declaretur hæreditas ad eum pertinere. *Bart in l. 2. h. t.* deinde officio judicis, ad restituendas res hæreditarias, una cum fructibus & accessionibus possessor compellatur, *Bart in d. l. 3 & d. l. licet h. t.* Ex quo percipitur, quam ob rem hæc actio dicatur & sit vendicatio, *l. 3. C eod. l. 1 si pars hæred. petat. l. 1. C in quib. caus. cess. long temp præscr.* Est enim hic eadem quæ vendicationis alias formula: quoniam actor intendit suam esse rem quam petit, hoc est, hæreditatem, proindeque sibi tanquam Domino a possessore restituendam esse, *d l. licet 10. h. t.* quæ duo sunt omnium vendicationum capita, *§. 1 ubi Dd. Ias. & alii Instit, de act l ex diverso ubi Bart. inf. de rei vend. ut l. Pompon. §. 1. de procur.* Quanquam autem speciali vindicatione corporales tantum res, non etiam incorporales, cujusmodi est hæreditas, *Instit de reb. corp in fin.* repetantur. *l. vindicatio 56 inf de rei vendicat.* constat tamen reales actiones ac vendicationes hoc nomine præsto esse: *tot. tit. inf. si ususfruct. petat. & si jur. vindic.* ut in hoc judi-

judicio: ubi potest etiam peti de non Alienando, Minuendo, &c. cautio: *l.5. l. quod si 16. h.t.* & descriptio bonorum atque fructuum, *Bald. Bart. & Dd. in l. si creditores, de privil. cred. l. qui fundum, § qui sciens, pro empt. l. de bonis, §. ult. l. quaeritur de Carbo. ed. l. ex libero §. ultim. de quaest. Paul lib. 1. tit. 10. l. ult. C. de prob. seq. per l. 1. § penult. de ventr. in poss. mitten. Bart. in l. defensionis C. de jur. fisc. lib. 10. Jas in l. si fideicommiss. § si num. 28. qui satisd. cogan.* non etiam facile sequestratio, *Ferrar. de for. examen. in prin. vide gl. in omnib. 4. de judic. Jas in l. u. num., si cert. pet. per l. 2. § si debitorem, quae in fraud. cred. & eundem in § 1. Inst. de actio. Canon. in cit. de pre sequest. vide l. 1. & 2. de coll. bonor.* Item ad probationem sublevandam petitur a possessore, ut aut Inventarium bonorum in hæreditate repertorum, justum atque idoneum exhibeat, aut mediante suo corporali juramento quantitatem eorundem declaret. *l. fi. § licentia, ubi gloss. ad verb. sacramento illum C. de jur. delib. l. 2. C. quand. & quibus quarta pars lib 10.* Et procedit ac sustinetur in hoc judicio universali, incertus etiam ac generalis libellus: *l. 1. § fin. inf. tit. 1.* quemadmodum & sententia: *Bart. in Rub. sol. matr. num. 21.* ac sufficit, in ipsa executione fieri declarationem. *Schurff. cons. 63. cent. 2. per gloss. & Dd. in l. . de aden. prin. & in l. 2. C. de senten. quae sine cert. quant.* Quocirca neque necesse est exprimi, utrum ex Testamento, an ab Intestato, *gloss. & Dd. in l. fin. C. de codicill. Jas. in § actionum, nu. 191. Inst. de act.* & quota ex parte, *l. 1. §. fin. inf. tit.* si pars hær. petatur: multo vero minus certa rerum designatio ac specificatio est necessaria. *Jas. in d. § actionum, n. 192.* Conclusione tamen opus est, ut in reliquis libellis, qua petat actor, se hæredem declarari, *Jas. ibid. nu. 214.* Nam cum sit judicium Reale & Petitorium, opus est concludi ad declarationem dominii, vel alterius juris, quod actor se habere intendit, *Jas. ibid. per & in § omnium, eod. tit.* Si tamen non sit petitum, actorem declarari hæredem, vel jus hæreditatium ad eum pertinere, sed duntaxat res hæreditarias tanquam hæredi officio judicis (nam per hoc fit restitutio, *l. licet 2. ubi Bart. h.t. Jas. in § action. num. 214. in fin.*) restitui: eo ipso tacite petitum intelligitur, ut actor declaretur per sententiam hæres, *Bart. in l. & ex adverso, de rei vend. vide Jas. in d. §. actionum n. 214. & in §. omnium Instit. de actio.* Ac potest etiam Judex, si id partis adversæ interesse animadverterit, mandare actori, libellum ut suum amplius declaret. *Bart. in l. 2. h.t.* Erant & olim interrogationes in hoc judicio usitatæ, *tot. tit. de inter. act.* ad quas cogebatur reus respondere, utrum pro hærede, an pro possessore possideret, non etiam reliquos suæ possessionis titulos declarare, *l. cog. 11. C. eod. Jas. in d. §. Actio. num. 189. 102.* Quæ etsi hodie quoque ad instantiam actoris fieri possunt, *Jas. praal. loc.* tamen minus frequentantur: propterea quod reus sit excipere si alio titulo possideat: quantum veró possideat, id ejusdem jurisjurando committi solet: quo declarare cogitur, quid quantumque ex hæreditate percepere. Itaque nihil fere hoc in judicio actor probare cogitur, quam se hæredem (hoc enim est fundamentum intentionis, *l. licet 10. h.t.*) & Res esse hæreditarias. *Bar. & Dd. in l. hæreditas, C. eod. Maran. part. jud. 4. dist. 3. nu. 5.* nam utrum reus possideat, an non (id quod in casu inficiationis probandum alioqui esset) per ejus sacramentum, ut dixi, solet manifestari. Et si neque Inventarium exhibeat, neque Jusjurandum de bonis possessis præstet, potest adversus eum in litem jurari, perinde atque contra malæ fidei possessorem, vel eum qui mala fide possidere desiit, *l. item 20. §. restituere, 16. l. sed etsi 25. §. hæc verba, 7. h.t.* Sed de tota judicii hujus confirmatione, plura ex interpretum scriptis peti possunt, *vide glo. Bart. in l. 2. & l. licet 10. h.t. Jas. latè, sed remissivè, in § actionum, nu. 214. Inst. de act.*

13 *Finis & effectus.*

Finis & effectus hujus actionis, ex libello jam descripto intelligi possunt. Probata enim intentione, sententia & executio libello respondent, *l. ut fundus, 18. com. divid. l. licet de si- mon.* & actor hæres declaretur, ac officio judicis restitutio decernatur & fiat, *vide Jas. praall. loc.* oportet. Non tamen necesse est, ferri sententiam certam respectu rerum singularium, quæ in executione possunt specificari: sed sufficit certam esse respectu juris universi. *Bart. in Rub. solu. matrim. num. 22 & 23. vide Dd. in l. 2. C. de senten. quæ sine cert. quant.*

14 *Affinia.*

Affinia huic actioni remedia sunt ex petitoriis quidem familiæ herciscundæ judicium, *l. sed etsi 25. § hoc S. C. 14. loc.* & Rei vendicatio, *l. 1. § 1. & 2. si pars hær. pet.* quæ etiam cum petitione in eodem libello cumulari possunt: *vide Jas. in d. §. actionum, num. 221. Instit. de act. Bal. in l. 2. C. eod.* item actio Ad exhibendum præparatoria, *l. si à domino, 36. h.t. vide glos. in l. ad exhibend.* porro ex possessoriis interdictum Quorum bonorum, *t.t. ff & C. quor. bon.* & remedium l. ultim. C. de edict. divi Adrian. tollen. *vide de hoc Ferr. in for. lib. quæ pota. hæred. ex testamento prima.*

15 *Contraria, & quomodo præscribi hæc actio possit.*

Contraria sunt, Non possidere, *l. in ullam, 21. § fin. cum seqq. h.t.* Rem extinctam esse, *l. si à domino. 16 §. si prædo. 3. h.t.* Consumptam aut Deperditam, *l. sed etsi 25 § consuluit. 8 cum seqq. h.t.* Non esse hæreditatem, neque esse potuisse, *l. liber. 8. C. eod. l. si sesta 6 h.t.* item Reputatio impensarum & sumptuum hæreditatis nomine factorum: *l. in restituenda 4. cum l. seq. C. eod. l. sed etsi 25 l. si quod 5 h.t.* Allegatio juris proprii in hæreditate quæ petitur, *l. per minuendum, 8 si pars, hær. pet.* & præcipue tituli externi ac singularis: *l. cogi 11. C. eo.* in quo etiam est usucapio: cùm scilicet res hæreditaria singularibus titulis, puta Pro emptore, Donato, & similibus per triennium aut longum tempus præscribuntur, *vide inf. de rei vend. Cuj. in l. 2. C. eod. l. 4. C. in quib. caus. long. temp.* Dico Singularibus: nam pro hærede, aut ex causa hæreditaria qui possidet, is petenti hæreditatem præscribere, nisi ex possessione 30. annorum, non potest: *l. hæreditatis. 7. C. eod. l. 4. C. in quibus caus. cess. long. temp. præs.* quia nullam justam possidendi causam habet, respectu ejus qui hæreditatem petit: unde citra titulum, longo tempore res hæreditarias, quæ petitione concluduntur, non usucapit: *l. 4. C. de long. temp. præscr. l. cum notiss. 7. C. de præscr. 30 ann. vide infr. de usuc.* sed tantum 30. annis (quibus omnes actiones, tam personales quam reales terminantur, *l. 3. cum seq. l. 8. C. de præscr. 30 anno. in princ. Inst. de perp. & temp. actio.*) huic actioni præscribitur: *d. l. hæreditatis C. et l. licet ubi Bald. & Sal. C. de jur. de lib. vide gl. in eod. art. 28 lib. 1.* exceptis jure Sax. rebus utensilibus & expeditoriis: quæ cum proprie non sint res hæreditariæ, neque petitioni hæreditatis includantur, sed jure statuti singulari obveniant: ideo instar aliarum rerum mobilium hoc jure per annum usucapiuntur. *Pachj. obs. 11 per art. 28 & 29 lib. 1.* Idemque usus plerorumque locorum extendit ad res hæreditarias mobiles, seu hæreditatem cui mobilia tantum insunt. quod tex. diserte de hæreditate (Erbe) loquatur, nec in alia verificari, aut locum habere possit. Quod mihi durum, & præter rationem videtur: justaque emendatione, ut alia multa hujus juris plane barbara, prorsus habet opus.

OBSERVATA.

Hæreditas accipitur (z) pro relictis defuncti universalibus. Singularibus.

N. II. *Hæreditas nomen juris est*) Vox *hæreditatis* in jure sumitur potissimum quadrupliciter. Primo *objectivè* pro illo quod *relictum à defuncto*, Et tunc denotat universitatem bonorum, totum illud universale & confusum, *l. 178. § 1. de V. S. l. 119. eod. l. 50. h.t. l. 16. § 4. eod.* augmentum recipiens & decrementum, *l. 119. de V. S.* & intellectum in jure habens, licet æs alienum saltem contineat, Erbschafft/ Verlassenschafft/ nachlaß. Hinc secundò effectivè dicitur *successio in universum jus defuncti*, h. e. actus quo succeditur quod hic universum est & defuncti, *l. 24. de V. S. l. 62. de R. J. arg. l. 3. pr. de bon. poss.* Tertiò res significat hæreditarias, *t. t. de expil. hæredit.* quomodo & pecunia dicitur hæreditas, Ciceroni, Erbgüter/ angeerbete Güter.

Res hæc differunt contra homines.

Differunt tamen hæc JCtis ab ipsa hæreditate, *pr. I. de reb. corp. & incorp.* secus ac Seneca censuit. Hæc juris est & universitas, multa & jura res continens, illæ corpora sunt, quæ exinde etiam usucapi possunt & furto auferri, secus ac hæreditas, *l. 35. de a. r. d. r. d. l. 35. de usur. junct. l. 1. de furt.* hæc incertæ, illæ certæ; hæc quandoq; damnosa, illæ per se semper utiles. Vid. Franc. de Amaya 3. *obs. jur. 2. n. 5. Grot. fl. sp. ad l. nihil. ibi. neque recte? Quorum subtilitatem irridet Seneca de V. S.* Quartò hæreditas accipitur pro ipso *jure* (facultate) *hæreditario relicta defuncti quæsito* s. competente. Quomodo hæreditas dominium dicitur, *l. 1. de bon. poss. l. 37. de acq. hæred. l. 23. de acq. poss.* & hæres petens universitatem bonorum, petere suum, *l. 10. § 1. h.t.* meum autem, tuum, suum, dominium vel aliud jus in re denotant. Et hoc sensu per hæreditatem dicitur acquiri dominium *in § f. I. per quas pers. cuiq.* Hic *ultimo significatu pro jure* inprimis sumitur, & & aliàs dicitur *jus hæreditatis*, vel *jus hæreditarium l. 5. § 5. de his qui effud. vel deiec. l. 8. C. ad exhib. l. 6. pr. de relig. & sumt. fun. l. 6. pr. de vulg. & pup. subst. l. 49. mand. l. 5. C. de reb. al. non al. l. ult. § 1. pro suo l. 97. ad L. Falc.* nec non jus, mortis successione quæsitum,

(a) pro jure hæreditatis quæsito.

Synonyma.

quæsitum, l.37 de acq. hær. l.1. pro hær. Erbrecht/Erbgerechtigkeit. Sine omni itaque ratione contra Wesenb. & Theophilum hîc statuit Bach. in not. figmentum esse Dd. inquiens, *imò chimæram quandam in aëre volitantem, jus quod constituatur post mortem defuncti eumque repræsentet.* Neque enim hæreditas, ut putat, solùm denotat universitatem bonorum quam defunctus reliquit, per dd. ll. junct. l.62. de R.I. & l.24. de V.S. Et si actio realis est hæred. petitio, ut ipsemet h. n. admittit, sequitur omnino eam ex ejusmodi jure esse quod hæres adeundo acquirit, & unde dicitur defunctum repræsentare, arg. l.31. §.1. de hæred. inst. §.4. I. eod. Perinde ut aliàs servitus, pignus, possessio & dominium suis modis acquiritur, & ut acquisita sunt, jura in re dicuntur, actionesque reales pariunt. Porrò *definitiones* Hæreditatis hîc tres adferuntur. Per pecuniam finitur generalissima acceptione, ceu per rem quamvis quæ esse potest in nostro patrimonio, l.178. de V.S. prout hæreditas significat illud quod à defuncto relictum; quomodo hîc non accipitur. *Theophili definitio* non placet; tum quia in patrimonio nostro dicuntur saltem in quibus jus in re vel ad rem habemus, arg. l.49. de V.S. (hæreditas vero longè latior est, arg. l.19. ubi Bart. h.t.) tum quia formâ caret. Neque enim proprium est hæreditatis universalem dominum facere, cum hæres neque adeundo neque agendo petitione hæred. hoc intendat; sed tantùm hoc ut consequatur *jus hæredis & pro eo declaretur.* vid. Wesenb. infr. n.8. Definitio Juliani, quam rectè explicat Sutholt. diss.7. aph.2. quod sit universum jus defuncti in quod succeditur, denotat objecta hæreditatis, quodque à defuncto relictum, de quo initio diximus. Hoc ut. præcipuè significat *jus hæredis aditione quæsitum*: quomodo finiri potest *jus universale, quo hæreditatem ad nos pertinere s. nostram esse dicimus.* Hæres enim suam esse intendit, inque jure circa rem se fundat, l.10. §.1. h. licet tantùm æs alienum contineat, l.50 eod.

Dissentit ab his malè Bach.

Examinantur tres defin. hæreditatis Wesenb.

1

2

3

Datur alia hujus loci

N. III. *Petitur aut ex jure civili*) Hodie triplicem hæreditatem, *testamentariam*, *legitimam & conventionalem* in tota Europa receptam esse, constans plerorumque sententia est, qua de vide sis Dissert. de jur. ter. concl.86. Verùm quia nec sic omnes hæreditatum species exhauriuntur; commodius dicemus, aliam esse *Ordinariam*, aliam *Extraordinariam*. *Illa est qua jure civili aut prætorio ordinariè defertur, Lege vel ultima voluntate, vel ex utraque. Lege, per successionem ab intestato. Voluntate ult. per testamentum, fideicommissum. Ex utraque per bon. possessionem jure præt. Hæc est qua ἀνωμάλως fit pactis successorus, partim jur. civili, maximè verò moribus hodiernis, de quibus latissimè d. d. ffert. concl.67. & seqq. n. ult.* Civilis & Prætoria huc maximè pertinent.

Quotuplex in universum hodie sit hæredit.

N. V. *Dico esse civilem*) *Civilis* dicitur actio hîc *propriè*, quat. l.12. tabb. & SCtis introducta, arg. l.7. pr. de l. & l. junct. l.1. h.t. *Quamvis autem Prætor suo edicto eam propon.it, tamen exinde Prætoria non est, cum & id accidat rei vindicationi, l.75. de R.V. atque aliis in universum actionibus.* Atque hac ratione quin providè suam sententiam confirmet Noster ex d.l.75. (contra Bach. in not.) nullus dubito; cum idem planè statuat infra ad tit. de R.V. n.3. Nec mutat l.73. §.1. & l.74. eod. t. ad quas respondemus infra d. n.3. Si enim rei vindicatio, licet edicto prætoris proposita, est civilis, ergo & hæred. petitio, quamvis à Prætore proposita, talis erit. infr. ad d. tit. de R.V. n.3. Universalis eadem est quidem, sed *Universitatis gradus* sunt, unde & petit. hæred. dotis & peculii *gradibus* differunt universitatum. Hæreditas enim Universitas est *corporum & jurium*

Actio hæc ut civilis dicatur.

Ut universalis.

diversorum, in re & ad rem, eorum etiam quæ defunctus saltem detinuit, l.1. de R.V. junct. l.19. h.t. Hinc appositè Dn. Frantzk. comm. de inoff. test. n.2. *hæred. petitionem, ait, per excell. dici universalem, hæreditatem enim universum quid esse, cujus applicatio nihil certi animo subjiciat, sed collectim & simul sumptas res diversissimas à defuncto relictas designet: quomodo universale Philosophis non tantùm dicatur quod plures res & individua vel species continet, sed & aliquid confusum, quod q. per aversionem non species certas sed multas & incertas significat.* Non ita universale est judicium dotis, arg. l.1. §.4. de dot. prælег. Quin & actio de peculio sec. quid universalis est, quat. peculium dicitur universitas, all. l.8. §.10. h.t. Judicium verò jurisdictionis, quod est actio confessoria, huc omnino non pertinet, cum jurisdictio non sit nisi de causis civilibus, per obs. tit. de jurisd.

Cumque judicetur) Notanda hoc num. sunt hæc I. putat A. *universalem esse hanc actionem ratione objecti.* Verùm ubi grex petitur, universalis actio non est, arg. l.1. §.3. de R.V. nec si universitas donata, arg. l.35. §.4. C. de donat. Ideoque *& ex objecto & ex causa. s. jure petendi universalis æstimanda est petitio hæreditatis*, ut ipse Wesenb. mox agnoscit, & patet ex l.10. §.1. h. l.1. si pars hær. pet. II. Verùm quidem, realem esse hanc actionem, sed causa adjecta falsa est. Actio enim ad exhibendum & aliæ contra possessorem dantur, l.3. §.f. ad exhib. nec tamen sunt reales, vid. infr. ad tit. ad exhib. n.2. & observ. ibid. *Quippe dari adversus possessorem, non est proprium actionis realis in quarto modo; quia & aliis communicari potest, sed descendere ex jure in re ipsis est proprium,* Giphan. in l.25. de O. & A. Est itaque hæreditatis petitio realis actio, *& quod contra possessorem detur: & præcipuè quod ex jure in re oriatur*; dicit enim hæres hæreditatem ab altero relictam, suam esse, l.10. §.1. h.t. junct. l.25. de O. & A. quamvis tantùm nomina contineat, l.50. h.t. III. Revera mixta est hæc actio; neque realis primariò & per accidens personalis, sed mixta propriè & ex se suique natura: licet in hypothesi semper non sit præstationibus locus. (1) per l.7. C. h.t. §.20. I. de act. ubi disertè mixta dicitur: (2) *quia partim ex jure in re est, partim ex jure ad rem, & objectum habet quippiam universum confusum, compositum, relicta defuncti, in quibus universitas jurium & rerum. jura in re & ad rem, (quorum causâ alioquin & reales & personales actiones competunt) res universales & singulares, propria & non propria,* l.19. h. *certa & incerta*: (3) *propter præstationes personales,* l.25. §.18. h.t. *quæ ex q. contractu negotiorum gestionis oriri videntur. Falsus enim hæres per hanc actionem cogitur præstare, h.e. solvere cogitur pretia rerum distractarum, aut æs alienum à debitoribus exactum,* l.20. §.2. cum seqq. h.t. *contra & verus hæres impensas quandoque refundit.* l.37. 38. & 39. eod. (ubi autem est q. contractus & præstatio personalis, ibi etiam est actio personalis, l.3. l.25. de O. & A. neque ex accidenti, sed ex se & suâ naturâ. Utrumq; ergo & jus in re & ad rem hic actor petitio statim intendit: & hæc actio sua natura apta est ad utrumque. Si enim hoc non esset, non obligaretur reus ad solvendum, & quod obligetur, causa est præstationis, unde hæres jus ad rem habet; (4) *quia est b. f. nam hanc qualitatem non esse nisi personalium, constat ex arg.* §.28. I. de act. Atque pro hâc sententia faciunt Bald. in d.l.7. C. h. Jas. rubr. C. de inoffic. test. n. 3. Dyn. §.1. n.5. de act. Tim. Fabr. diss. anniv. 27. th.2. Anton. Merend. 6. controv. jur. 47. n.6. Dissentit post Donell. Achilles Personalis de hær. pet. n.633. inf. putans esse merè realem: aliter novissimè D. Perez. C. h. n.1. dicens mixtam per accidens.

Non est universalis ex obj. tantum sed & ex causa.

Nec realis est quod contra possessores detur, sed quia & ex jure in re.

Mixta est ex se & sua natura.

Rationes IV. prægnantes.

N. VIII. *Jus hæreditarium*) Rectissimè Wesb. & pauci alii, quos memoravimus d. diss. concl.14. n.2.

Causa efficiens petit. hæred.

non est dominii, sed jus hæreditatis.

& seqq. asserunt, causam hujus actionis non esse dominium (in specie tale) ut plerique sentiunt, *sed jus* quoddam in re proprium, quod dicitur *hæreditatis*. Et fundamentum hujus elegans est, (1) in *sæpè d. l.* 10. §. 1. *h. t.* ubi hæres intendens hanc actionem, fundat se in jure hæreditario, dicens hæreditatem suam esse; suum verò denotat jus in re, *l.* 239. § *f. de R. I. l.* 70. 71. 72. 73. *de leg.* 3. *l.* 27. §. 2. & 4. *de lib. leg.* & ut hæreditas sua, *l.* 17. *pr. ad Sen. Treb.* (2) quod specie invicem differant hæreditatis petitio & rei vindicatio; *t. t. de R. V. t. t. de hæred. pet.* §. 1. *junct.* §. 10. *I. de act.* & hæres non petat rem singularem, sed universalem, *l. 1. pr.* §. 1. *& seqq. de R. V.* (3) quia dominium à jure hæreditatis specie & definitione distat.

Dominium & hæreditas differunt.

Non solùm enim non fundat se hæres in dominio, nec adversarius contra id excipit, *d. l.* 10. §. 1. *h.* sed & dominium est rerum singularium, *l. 1. de R. V. l. 80. de leg.* 2. hæreditas universitatis, diversorum corporum & jurium, *l. 29. de V. S. d. l. 37. de acq. hæred.* Illius forma rei proprietas, hujus jus defuncti, *d. l.* 29. in illo res propriæ & corporales sunt, in hoc etiam incorporales, & quæ defuncti non fuere. Imò hæreditas sine rebus scil. bonis esse potest, *l. 50. h.* at dominium nequaquam. Quibus consequenter pronunciari solet, daß N. zu der Erbschafft der nähest: it. vor einen Erben sich anzugeben / und bestätigung seines Erbrechts zu suchen befugt: daß N. seine verlassenschafft auff M. verfället oder vererbet: daß er zu den Erbgütern zuverstatten: für Erben zu erklären / *&c.*

Jus hæreditatis non dicitur dum est jus mixtum.

Atque hujus etiam sententiæ esse videtur Anton. Merend. *d. l.* ubi per dominium hæreditatis, quod ait actionis hujus esse fundamentum, & operari actionem in rem, intelligit jus hæreditatis, Busl. *subtil.* 7. *n.* 17. Franc. de Amaya 3. *obs.* 47. *n.* 6. Mod. Pistor. 1. *cons.* 25. *n.* 28. & *cons.* 33. *n.* 18. Neque verò his officit quod jus ergò hæreditatis non definiendum videatur per jus in re, sed per genus remotius, *jus scil. verum s. circa rem*, cum sit ex in re & ad rem mixtum, *sæpèque dominium in specie, pignora & quæcunque jura alia ex obligatione provenientia sua natura comprehendat*, *arg. l.* 19. *h. t.* Licet enim hoc asserere absurdum non sit, sed rectè jus hæreditatis dicatur jus circa rem s. jus mixtum, præstat tamen cum legibus loqui, quæ saltim de actione prædicare solent Τὸ *mixtum* esse, scil. ubi & *res* quæ in eam veniunt & *præstationes personales* in judicio persequendæ, §. 20. *I. de act.* Quod de fam. erc. jud. fin. reg. commun. divid. tralatitium est, & hæred. petitione, *ex l.* 7. *C. h.* quatumque causa jus circa rem s. mixtum, nec tamen ullibi sic indigitatur. Et hypotheca rem ipsam afficit, cujus causa tamen conventio scil. pactum legitimum est, non jus in re, *l. 1. de pign. act.* Quin ex jure scil. lege sunt hæ appellationes, à quo itaque, nî prægnans ratio moveat, non est divertendum.

Respondetur Matth. Stephani.

Atque ex hinc etiam est facilè respondere Matthiæ Steph. *de offic. jud. l. 6. c. 2. n.* 35. statuenti, *sicut in rei singularis vindicatione, ita & in hæred. pet. actorem duo probare debere, dominium & possessorem; & dominium quidem, dum probet se hæredem esse; quod hæres dominium significet*, § *f. de hæred. qual. & diff. & qui dicit se hæredem esse, dicat se dominum esse universi juris quod defunctus habuit*, *l. 60. de R. I.* Quis enim non videt, sic confundi dominii significationes, quod in materia rei vindicationis non est nisi rei singularis? *l. 1. pr.* & §. 1. & 3. *de R. V.* (ipsomet Stephani haud diffitente) non verò universi juris, *l. 56. eod.* De possessione dicemus infrà *n.* 10. Cæterùm quam solidè Bornio hac de re dubia moventi, ante paucos annos responsum sit, videre est in illis, quæ Dissertationi nostræ de jure rerum annexæ sunt novissimè Vindiciis *Jenensibus, Lipsiensibus & Helmstadiensibus.*

Quomodo dominium in hæred. per aditionem transferatur.

N. IX. *Non etiam possessio*) Per aditionem hæreditatis dominium quidem *earum rerum quarum dominus fuit defunctus, ut & reliqua ejus jura* acquiruntur, ita ut dicatur hæres ea statim à morte defuncti acquisivisse, *sec.* § *f. I. de hæred. qual. & diff.* Nimirùm *translativâ Jurisdictione*, quâ jura defuncti retrò à morte ejus ab hærede acquisita censentur (licet reverâ à tempore aditionis acquisita sint) tempora enim continuantur, *l. 138. de R. I. l. 54. de acq. hæred.* cujus hic effectus, ne ullo tempore hæreditas jacuisse intelligatur, *d. l.* 38. add. notata *infr. ad t. de hær. instit. n. b. ad verba: & etiam vivente patre. Diss. de jur. in re edit. noviss. concl.* 6. *n.* 11. 28. 29. 36.

Secus ac possessio.

Attamen *possessio per aditionem non transit*; ratio differentiæ est, quod *dominium & cætera sint juris, possessio verò facti, maximè quoad acquisitionem.*

Et in suo hærede.

Hinc & *in extraneo, & in suo hærede* præter aditionem possessionis apprehensio requiritur, *l.* 23. *de acq. poss. l. 1* § . 15. *si is qui test. lib. esse.* Confer. Myns. 3. *obs.* 38. Gail. 2. *obs.* 129. Atque ita pronunciatum in collegio juridico Helmst. *ad requisitionem Caspari* Zeisen *Hallensis, anno* 1604. *d.* 24. *Junii.* Endlich thut nach der Rechtslehrer besserer und bewehrter meinung die possessio so des defuncti gewesen / auff den hæredem, auch suum, nicht kommen / sondern wird dazu eine apprehensio der Güter erfordert. V. R. W. Nec officit quod contrarium asserat Carpzov. *p. 3. dec.* 234. q. per consuetudinem generalem aliud inductum fuerit. Ista hæc enim consuetudo, licet fortè in Gallia aliisque locis obtineat, apud nos nunquam invaluit, minimè genuum verò in illustri Ducatu Wolferbytano unquàm probari potest: vid. Dissertatio Dn. Geueri hoc nomine contra Carpzovium habita, *de Transitione possessionis in hæredes* anno 1655. d. 27. Sept. In Acad. JULIA.

Etiam in feudis.

Cæterùm prædicta etiam in feudis obtinet. *arg.* 2. *F.* 7. §. 1. Finckelth. *disp. feud.* 9. *th.* 24. Quomodo respondit modò laudata Fac. Hildesium A. ad D. G. m. oct. 1647.

Hæred. vacans.

Hæreditatis autem necdum ab alio occupatæ possessionem vacantem propriâ autoritate posse apprehendi, indubium est, *l. cum hæredes de acq. poss.* v. Thom. Merckelbach. *apud Klock. cons.* 7. *n.* 43. Porrò competit hæc actio non nisi *hæredi*, *aditâ*: Ideoque cessat 1. quandò non adita 2. adita quidem, sed acquisita insuper ejus possessio.

Non datur hæc actio hæreditate non adita.

Primo casu propterea, *quia non adita hæreditas est jacens & res nullius*, unde tum ejus nec hæres, nec jus hæreditarium, consequenter nec hæreditat. petitio. Dicitur autem jacens hæreditas, in causa testati præcipuè à die mortis defuncti, usque ad tempus quo aperiuntur tabulæ testamenti, *arg. l. 1. quem test. aper.* In causa intestati, quamdiu hæres nescivit jus succedendi ad se devolutum. *l. f.* §. 1. *vers. similique modo. junct.* §. 11. *C. de jur. deliber.* Diss. Fr. de Amaya 3. *obs.* 2. *n.* 16. putans dari hanc act. etiam de hæred. jacente vel nondum delata; Ad quod respondimus *ad Smbolt. diss.* 7. *aph.* 2. *addit.* 1.

Nec adita semel & poss. acquisita.

Altero casu rationem putat Aurot, quod acquisita jam semel, quoad jus & possessionem hæreditas desierit talis esse, & factum sit hæredis patrimonium, sec. Gail. 2. *obs.* 148. Fr. de Barr. *de succ. test. & int. lib.* 11. *t.* 15. *n.* 6. Verùm si hæres semel acquisitam possessionem iterùm amittat, & alter se pro hærede vel pro possessore gerat, certè durum est, acquisitam possessionem tantùm hæredi nocuisse, ut propterea difficilem dominii probationem subire, & rei vindicatione rem amissam repetere debeat. Exindè æquior videtur distinctio Bachov. *ad Tr. de R. V. th.* 4. *A. in fin.*

Æquius distinguitur.

Amissa nimirum hæreditas ab alio possideatur vel pro hærede, aut pro possessore, vel titulo singulari: illo casu hæreditatis petitio adhuc competit, *arg. l. 9. de except. rei judic.* secundò verò rei-

vindi-

nem. Vid. Mynsing. 4. ob. 69. nec opus, ut conveniens in loco contractus ex loco domicilii eo contrahatur, aut ibi exhibeatur. Denique (4) supponimus hic ut de contractu aperto constet, per instrumentum obligationis, vel alio etiam modo, sci ut quis in foro contractus rectè conveniatur.

TITULUS II. C. 3. 28.

De inofficio testamento.

1 Continuatio.

His ergo summatim præmissis, ad vendicationes deveniamus: quæ pront res ipsæ multiplices sunt: ut enim aliæ res corporales, aliæ incorporeæ, quædam singulares, nonnullæ universitatis censentur: ita varia constituuntur, multisque modis diversa de his judicia. Sed quia universitas prior est rebus singulis, sicuti totum suis partibus, primò de judiciis universalibus videamus. Ea vero sunt illa, quæ ad petendam hæreditatem proponuntur.

2 Querelam inoff. & petitionem hæreditatis, universales esse judicia.

Nam hæreditas, cum plurimas res, partim in corpore, partim in jure positas complectatur, *l. 1 §. 1 sup de rer. divis.* & augmentum diminutionemque recipi, *§ si in ista per quas perso. nob. acqu. vide tamen l. C de eadem. l. 1 ff eodem.* De hac, aut per Quærelam inofficiosi testamenti aut petitionem hæreditatis, disputari ferè consuevit. Quærela inofficiosi, commiseratione ex hæreditate injustè familiæ est indulta, & lege Glicia, ut putatur, inducta, *l. 4. de s. Cujac. obs. lib. 2 ca. 1.*

3. Qua ratione, & in qua causa introducta sit quærela.

Nam quia parentes interdum sine justa causa, novercalib. forte delinimentis, aliisque, odiis instimulati, liberos suos exhæredant, sanguini suo contra legem naturæ, quæ ad successionem liberos vocat, *l scripto 7. [illegible] ff unde lib. l. cum ratio 7. de bo. damn.* injuriam inferentes, placuit ut de inofficioso testamento liberi agere possint: qui quæruntur, inique & contra officium pietatis se esse exhæredatos. Dico exhæredatos, eoque verbo etiam Præteritionem materiam, cæterorumque cognatorum complector: quia pro exhæredatione habetur *§. fin. Inst. de exh. liber.* Porrò præteritio paterna non eget hujus quærelæ, cum pro jure testamentum annihilet: quasi liberis contra legis dispositionem, & oblivione potius quam consulto prætermissis, *eodem tit. Inst. de exh. lib. ubi vide alias rationes in nostris scholiis & tit. de lib. & posthum.* Quod autem nullum est, frustra rescindi petitur, *l. 5 de injust. rupt. test. l. decem. 116 de verb. oblig.*

4. Definitio hujus actionis.

Est itaque Quærela, ut ad rem redeamus, imploratio officii judicis, qua quis accusat scriptum testamentum: quia se in illo contra officium pietatis, & sine justa causa exhæredatum dicit, petitque illud, in injustum, rescindi, *l Papinianus 8. §. si quis in tristem 12. & §. fin.* Propterea enim neque Actio est, quia non persequitur jus agentis: nec Accusatio, quia non persequitur pœnam: sed quærela quædam judicis officio petens testamentum rescindi, et aditionem hæreditatis ab intestato, rescisso testamento, aditum patefieri, *Bart. post gloss. gl. in l. posthumus § 1 nu. [illegible] §. si minor. num. . & 5 ac jurejur. gloss Ins. & alias in Rubr. C eod.*

5 Petitionem hæreditatis cum hac cumulari.

Huic enim actioni adjici solet, & adjungi petitio hæreditatis, hoc modo: ut quis rescisso testamento, petat se hæredem declarari, sibique adjudicari hæreditatem, *l qui de 20 ubi gloss. & Bart. h. t.* ac puto olim ad quoque usitatum fuisse: *d. l. [illegible] § quoniam in verb. non totam debeo hæreditatem petere. l. major. 19. §. 1. l. qui repudiantem 17 l. cum qui 21. § adam hoc tit. l. si quis filium 34 C eod.* cum dicat *l. C. d. l. Papinianus §. fin. hoc titul.* hæredem fore eum, secundum quem pronunciatum est. Neque sane hoc novum est, nec adminuendas lites inutile: ut una cum actione seu imploratione officii Relectioria simul detur, eique adjungatur actio, quæ post rescissionem erat competitura, frustra enim in plura judicia dividitur, quod uno potest expediri. *Ias. in §. cursus, num 8. 5. 80. Inst. tit. de actio. dicens hanc esse communem vide gloss. in l 1. ad verb. necessaria iuf ad exhibend. ubi quoque diximus.* Observatum id tamen est, hanc hæreditatis petitionem de inofficioso, quæ datur contra titulo possidentem, differre a simplice, cui adversus justo tituli possessorem non est locus, *Cujac. ad Paul. l. 4. tit. 5. Gomez. Lect. h. t. 5.*

6 Quibus detur, aut non: & quando cesset, aut propterea,

Omnibus autem utriusque sexus liberis, *l. 1. 5. 9. 8. cum si 28. §2. 30.* & parentibus, *l pater 14 l nam etsi 15.* licet de inofficioso disputare: fratribus porro & sororibus germanis non aliter, quam si propter odiosæ turpesque personæ sint institutæ, *§. soror. Institut. eod.* Porro fratres uterini, cæterique ulterius cognati, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, *l. fratres 27. C. eod. tit.* cum obtinendi spem non habeant, *l 2. & l. fratris 21 C. eod.* Nec enim vult lex in infinitum instituendi necessitatem propagari, testandique libertatem restringi: *contra l. 1. C de sacro. sanct. Eccles.* præsertim cum his personis collateralibus non perinde debeatur successio, atque descendentibus & ascendentibus, *l. nam etsi h. t. l fin. C. de codicil. in Auth. de hæred. ab inst. venien.* Ac ne his ipsi quidem, aliter datur quærela, quam si intestato sint successuri: nam alioqui frustra agent, atque adeo etiam obtinebunt, si causa intestati ad alios sit perventura, *l. 6. § penul.* & alio modo jus succedendi consequi nequeant, *l. Papin. 8 §. si quis impubes h. tit. §. tam 15. Instit. eod.* Quamobrem etiam si quis legitimam portionem sit consecutus, non admittetur: *d. l. 8. § si quis mortis 6. §. si quis impubes. 5.* tutoque testari quis poterit, quarta legitimis hæredibus relicta, *l. 6. Cod. eod.* quæ hodie tertia est, *Auth. novissima C. eod.* Quin etiam tantus est sustinendorum testamentorum favor, ut si minus relictum quoquo titulo *d. l. 8. § si quis mortis l. 30. 16. §. 1 l. quoniam 29 l. omnimodo 30 C eod. d. Authen. novissima* sit, salvo testamento, ad supplementum tantum agi possit: *d. l. omnimodo* nisi quod novissima constitutio ne Just. institutionis titulo filius, relinqui voluerit, *§ aliud quoque Novell const. 115 ut cum de app. cogn. sc.* Præterea nec reaccusandi potestas est, qui quoquo modo agnovit sibi a testatore relictum, *l. 10. in fi. l. 12. 31. h. t.* aut aliter voluntatem ejus approbavit, *d. l. 8. §. si conditione 10 l. 21. § penult. h. t.* aut quærelæ renunciavit, *l. qui repudiantem 17 l. nam etsi 15. §. 1.* aut per quinquennium a tempore aditæ hæreditatis continuit, *l. si mous, 36. §. fin. l. si quis filium 34 in fin. C. eod. l. 2. C in quib. caus. in integ. rest. l. Papinian. 8. §. ult. h. t. ubi gl. si* quanquam Condictio, quæ ad supplementum legitimæ agitur, quinquennio non præscribatur, sed perpetuo, hoc est, 30. annis, ut reliquæ actiones personales, duret: *ut est communis opinio Bal. Iaso & aliorum contra Bart. in l si quis filium 34 C. de inoff. test. Guid. Pap. dec. [illegible]* neque etiam extinguatur, quamvis quis sibi relictum acceptarit, *l si quando 35 §. fin. C eod. vid. Mynsing. obs. 30. cent.* hac enim non impugnatur testamentum.

7 An & quando hodie locus sit quærelæ.

At novissimo quidem jure via est, ut recta linea locus sit accusationi? nam cum nonmodo liberi, sed etiam (ut volunt, *§ sancimus. Novell const. 115 ut cum de app. cog.*) parentes sint hæredes instituendi, nisi justis expressisque de causis exhæredentur, *Dd. in d § sancimus*, quas hæres probare cogitur, *§. sive eadem d. Novell.* in omnem eventum, citra quærelam videtur iis satis esse prospectum. Nam si in legitima sint instituti, nihil est quod defuncti officium accusent: sin in minore parte, agent ad supplementum: sin exhæredentur, aut id fit injuria, & testamento quod ad institutionem attinet evacuato ab intestato succedunt, ut quærela non sit opus: aut jure factum est, & merito omni aditu consequendæ hæreditatis, qua se indignos reddiderunt, atque ita etiam quærela inofficiosi excluduntur *l. quidam 132. vers. quid ergo de verb. oblig.* prorsus ut fratribus potissimum opitulari deinceps hæc accusatio videatur etiam si quidam contradicant. *Vigl. in Rub. Instit. eod.* Uno tantum casu volunt nostri usurpari etiam in ascendentibus & descendentibus quærelam inofficiosi, scilicet cum Justa ex causa exhæredatio facta est: quæ tamen necdum probata sit. Hoc enim casu quia valet testamentum, & exhæredatio legitime, hoc est, ex justa causa expressim addita facta est, ideo intra quinquennium putant inofficiosi quærela illud rescindendum esse *Bald. nu. 2. & 22 Ias. nu. 13. dicens, hanc esse communem in Auth. ex causa C. de lib. præter. Bald. cons. 89. proponitur & consil. 112. Paul vol. 5.* etiamsi exhæredatione sine causa, aut ex nulla causa facta, sit testamentum nullum, & duret quæstio Nullitatis, seu Jus dicendi nullum, *Ias. in l si filius nu. 4. de lib. posth. Cast. & Dd. in d. Auth. ex causa annis 30. Guid. Pap. dec. 597 de lib. & posth. nu. 5.*

8 Quærela an & quando in hæredes transeat.

Illud ultimo loco addimus, quærelam in hæredes transire, iisque competere: liberis quidem indistinctè, *l. si quis 34. eod.* extraneis vero non aliter quam præparata a defuncto quærela, *l 6 § fin. h. t.* est enim quædam injuriæ species, quod genus ad hæredes transire non solet, *vide infr. de injur. an prim. Inst. de perp. & temp. act.* Sunt tamen hæredibus arbitror competitiis, suorum quærelam non jure Hæreditario, sed Suo, quod propter jus Repræsentationis, ipsis injuria facta videtur: emancipatis autem, & extra potestatem constitutis non item, quia jure civili pro extraneis habebantur: *vide Inst. de hær. qual. & differ. & de hær. quæ ab intest. § emancipati.* ut eis actio ei illis dari non deberet, cum hoc jure veteri demortuum parentem neutiquam repræsentaret. Unde nec mater quærelam ad liberos transmittebat, *l. cum mater 6. Cod. de transmiss.* quoniam non habet eos in potestate, eoque nec suos relinquit hæredes, *l. nullo 3.*

nulla 13. de fons & legib. Ulpian. Inst.c.26. vide qua dixi Instit. ad S.C. Tertul. in prin. Sed Just. quæ hoc discrimen sinatus sustulit, videtur indistinctè descendentibus querelam concessisse *d. l. si quis 34. C. eod.*

9 *Adversus quos detur.*

Datur autem hæc actio adversus hæredem, atque ita post aditionem hæreditatis, ex qua fit hæres, *l. Papinian. 8. §. si conditione. h.t.* cujuscunque tandem sit ille dignitatis & conditionis: *l. 8. §. si imperator. 3. l. pen. § 1. h.t.* sive ex liberis sive extraneus aut municeps: *d. l. penul.* quantum quidem ad querelam liberorum aut parentum exhæredatorum attinet: nam in fratribus distingui diximus, turpis an honesta persona sit instituta. Sed & adversus hos competit, qui locum hæredis obtinent: ut est successor hæredis, *l. si pars 10. h.t.* fiscus qui bona occupat, *l. si hæredem 10. C. eod.* fideicommissarius universalis: *l. 1. C. eod.* nonnunquam etiam in particularem legatarium, qui suspecta collusione ad defendendum testamentum venit *l. si suspecta 29.* Ita tamen hi conveniri poterunt, nisi privilegio aliquo, quod relictum est, defendantur. Nam constat adversus testamentum militare, *d. l. 8. §. Papinian. 3.* quodque de peculio castrensi fit, vel quasi, querelam non dari, *l. si C. eod.*

10 *Forma agendi.*

Ipse porro querelæ modus est, ut dicat actor: doceatque immerentem, atque indignè præteritum se, vel exhæredatum, *l. 3. l. 5. h.t.* Inofficiosum enim testamentum dicere, est allegare quare exhæredari vel præteriri non debuerit: *d. l. 3. 5. h.t.* qualisque non sanæ mentis fuerit is, qui testamentum ordinavit: non quod verè furiosus fuerit, sic enim testamentum ipso jure corrueret probato furore: *l. 2. h.t.* sed rectè quidem compósque mentis fecerit testamentum, non tamen ex officio pietatis, *l. 2. 5. Vide Val. Max. lib. 7. ca. 8. l. pen. de cond. institut.* Quod cum ita sit, petit actor declarari testamentum inofficiosum, ac rescindi. eoque rescisso, sibi ut hæredi proximo hæreditatem adjudicari *l. Papin. 2. §. quoniam in verb. non totam debeo hæreditatem petere h.t.* Quia verò cui datur actio, ei multo magis competere exceptionem dicendum est: *l. 1. verf. nam cum de jusjurand. ca. qui ad agendum de regul. jur. in 6.* potest etiam qui exhæredatum injustè se queritur, si est in possessione bonorum, in modum Contradictionis & excipiendo querelam introducere, *d. l. 8. § filius 13.* Illud præterea admonendi sumus, hanc querelam non esse perpetuam, ne perpetuo suspensæ incertæque pendeant defunctorum voluntates, *l. si commun. præd.* sed intra quinquennium à tempore aditæ hæreditatis esse proponendam: *l. sciendum 36. §. fin. C. ne unde Bald. consil. 89 proponitur vol. 5.* præsertim cum sit Rescissoria, & contra leges civiles impugnans testamentum & ultimas voluntates, quarum magnus favor est: *l. si pars 10. h.t.* eoque velut extraordinaria & odiosa, reliquarum rescissoriarum exemplo certis spatiis debeat includi, *l. in honorariis 35. de actio.* quod etiam moribus Sax. obtinet. nec enim præscriptiones rerum communes illis inductæ, temerè producendæ sunt ad singulares actionum præscriptiones: quæ quando non inveniantur sublatæ, jure putantur etiamnum durare, *l. sancimus 27. Cod. de testamen.*

11 *Effectus querelæ, & quatenus testamenta rescindan.*

Effectus autem hujus judicii est, ut Probata causa, declaretur testamentum inofficiosum, eoque rescisso, legata quoque & libertates inscriptæ pereant, *l. Papinian. 8. §. penul. l. Titio 13. l. cum mater 78 hoc tit.* (quod tamen hodie correctum videri potest. cum Just. voluerit institutionem tantum viciari, salvis reliquis testamenti articulis, *d. Novell. 115. ut cum de app. Authent. ex causa C. de lib. præt.*) & in ea causa res constituatur, perinde atque si nullum testamentum scriptum, nulla hæreditas adita esset: *l. cum 21. in fin. h.t.* utque actori victori hæreditas ab intestato restituatur, si modo docuerit se ab intestato hæredem, *l. 6. §. penul. 15. in fin. h.t.* Quamvis autem hac actione nemo amplius petere possit, quam eam partem quam ab intestato habiturus esset: *d. l. 8. §. quoniam*, tamen sententia secundum querelam lata, totum testamentum corruit, quasi vitiosum, & à demente factum: *d. l. 13. in fin. d. l. 21. d. l. 28.* adeo ut victor solus obtineat hæreditatem, neque illi concurrant, qui aliòqui ab intestato partem facerent, si agentem deseruerint, *l. filio 16.* videntur enim animo repudiantis accusationem neglexisse *l. qui repudiantis 17. h.t.* nisi culpa silentii nulla, imperitius forte, imputari queat, *l. si hæres 7. fam. hercisc.* Sed si is, qui institutus est, etiam ab intestato hæres existit, cum minimè repudiare jus suum voluisse ipsa aditione & propugnatione testamenti contra querelam, cui se opposuit, abundè sit testatus, ideo rescisso per querelam testamento, ab intestato cum victore concurret: ut cum contra filium institutum alter exhæredatus obtinuit, *l. mater 19. l. si pœnas 23. h.t.*

12 *Casus in quo pro parte tantum testamenti rescinditur.*

Unde fit ne casu pro parte tantum rescinditur testamentum; propterque rei judicatæ authoritatem, partim testatus, partim intestatus decedit testator, contra regulas juris civilis: *l. jus nostrum de reg. jur.* videlicet cum pluribus querela conventis diversæ sententiæ latæ sunt, quarum in altera laudetur, in altera declaretur testamentum inofficiosum. Id quod evenire non difficulter potest, quoties adversus extraneum & fratrem, hæredes institutos agitur, contra hunc enim perinde atque contra extraneum, querelam obtinere fuerit periniquum, *d. l. mater 19. l. nam etsi 13. in fin. circa 24. h.t. cum duobus 13. C. eod.*

OBSERVATA.

Quomodo in lib. 5. & seqq. agatur de vindicationibus.

N. I. *Ad vindicationes deveniamus*) Nomine vendicationis latè sumtæ intelligit hic Autor actiones reales, quæ ita vocantur in §. 15. *I. de Act. l. 25. de O. & A. t.t. si serv. vend.* Etsi autem actiones in rem oriantur ex supra dictis V. speciebus juris in re; tamen compilatores ff. ordinem perpetui edicti insequuti, de omnibus hic non agunt *sed (1) de illis quæ ex jure hæreditario, t. 2. 3. 4. 5. 6. (2) quæ ex jure servitutis lib. 7. 8.* Pignus refertur *inter accessoria contractuum lib. 20.* Jus autem *possessionis ad inducta Prætoria, lib. 41. & seqq.* Conf. not. *ad n. 1. de Rei vindic.*

Quo jure introducta sit querela inoff. testam. An in L. Glicia.

Ad t. præteritos, ex const. Princip. Interpr. prud. Moribus probatur.

N. II. *Lege Glicia*) Nec constat inter Interpp. *quo jure introducta sit hac querela.* Cujac. quidem putat *L. Glicia* inductam, ex inscriptione *l. 4. h.* sed argumentum hoc sat leve est, cum nec satis constet de illa inscriptione, teste Hillig. *Donell. enucl. 19. comm. 4. lit. P* & longè ante L. Gliciam querela obtinuerit. M. Claudii Gliciæ quidem fit mentio apud Flor. *lib. 9.* & Sueton. *in Tiber. c. 2.* sed is vixit sec. III. ante C. N. anno V. C. 500. At querela longè antiquior est. Val. enim Max. *lib. 7. c. 7.* facit mentionem ejus, ex tempore C. Calpurnii Pisonis, Bachov. eam *jure prætorio* adscribit. Duarenus *constitutionibus Principum*. Timæ. Fab. *interpretationi prudentum* acceptam refert & alii aliter statuunt. Sed his omnibus rejectis, dicitur rectiùs eam *moribus* initio invaluisse, & postea legibus *approbatam*, & *jure prætorio* ad aliàs etiam personas esse *extensam*. Secundum II. 12. tab. enim uti quisque rei suæ legabat, ita jus erat. Vid. *l. 24. h. l. 5. verb. assiduè soleant, h. l. 1. verb. melius facerent, frequenter. eod. pr. I. h. verb. inductum est.* Val. Max. *lib. 7. c. 7.* & Hillig. *d. loc.* Hæc de civili querelæ origine.

Qui exhæredati, quibus hæc datur querela.

N. III. *Etiamsi præteritionem maternam*) Tria hic præcipuè observanda. I. datur querela *exhæredatis.* Exhæredatus autem dicitur dupliciter (1) *propriè* & à priori, jure patriæ potestatis ab hæreditate exclusus, *arg. pr. I. de hæred. inst.* (Est enim exhæredatio jus vel effectus saltem patriæ potestatis) (2) *latè ratione effectus*, qui à matre (milite vel alio ascendente per lineam maternam) præteritus: Nam illa præteritio est silentio facta exhæredatio, *l. 12. pr. de bon. lib.* & tribuitur ipsi effectus exhæredationis paternæ, *§. f. I. de exhæred. lib. pr. I. de inoff. testam. l. 15. C. eod.* Secus ac hodie, quo præteritio ejusmodi testamentum facit irrito nullum, per *N. 115. c. 3. pr. ibi: patri vel matri.* quâ præteritioni maternæ juxta & exhæredationi paternæ eadem forma præscripta, vid. Clar. *rec. sent. §. testamentum q. 47.* Bachov. *ad Tr. h. th. 1. B.* Dill. Joann. Wurmbs. *encl. 2. contr. I. de exh. lib. contr. 3.*

Quibus cognatis.

II. per *Cognatos* Autori nominatos, non intelligendi qui tales generaliter, sed restringendi ad *ascend. & descend.*

cognatos

Non datur à patre præteritis, quia test. erat nullũ.

cognatos, item fratres germanos atque consanguineos, turpibus personis institutis, l.1. h.t. §.1. l. eod. III. Effectus exhæredationis rectè negatur præteritioni paternæ. Tenebatur enim pater jure vet. liberos vel exhæredare vel instituere, & tum valebat testamentum quia fecerat ipse quod ratione patriæ potestatis facere tenebatur. Quod si autem præteribat tantùm, tunc quia nec exhæredabat, nec instituebat, testamentum erat nullum, nec opus querelâ, utpote quæ saltem contra validum dabatur testamentum, pr. I. de exhær. lib. Patet hinc juris (non naturalis, ignorantis testamenta) positivi esse: & de indifferente, quod ob præteritionem pat. vel maternam nullum sit testamentum, modo valeat, sitque pro exhæredatione. Et argumento est quod jure Hollandico ob præterit. paternam æquè ac maternam, indistinctè ad querelam inofficiosi sit confugiendum, ceu ex Grot. manud. 2. p. 18. notat D. Mæstertius disp. 139. th. 12. Jure naturali estis omnibus sufficiens erit Remedium Nullitatis.

Datur & contra ob scriptum testam.

N. IV. Scriptum testamentum) Verùm & contra nuncupativum testamentum querelæ locus est, (1) per textus generales in l. 4. 5. 6. & seqq. h. t. (2) quod detur contra exhæredationem patris, vel matris præteritionem, quæ etiam nuncupatione fieri possunt, Bach. ad Tr. disp. 14. th. 6. A. Illud etiam notatu h. dignum, quod

Non est actio propriè sed implor. offic. jud.

querela dicatur hic remedium extraordinarium, modestiæ causâ, cum detur contra personas conjunctas; aliàs ultimum adjutorium, l. maximum vitium C. de lib. præt. querela subsidiaria, actio, l. 2. l. 7. h. accusatio, l. 27. l. 29. eod. Nam propriè actio non est, sed imploratio officii judicis. Actio enim est jus persequendi quod sibi debetur, pr. I. de Act. at exhæredatis qui hoc remedio agunt, nihil debetur. Neque enim vel jus in re & jus hæreditarium habent, vel jus ad rem; cum per testamentum validum jure civili à paternâ hæreditate sint exclusi. Ergo illis actio non competit. Neque officit quod dissentientes dicunt; (1) quod per querelam hæreditatem persequamur, l. 15. §. f. l. 16. l. 19. l. 21. §. 2. h. (2) quod illa dicatur petitio hæreditatis, l. 8. §. 8. l. 20. d. l. 21. §. 2. l. 27. §. pen. eod. extraordinaria sc. & specialis, l. pen. de bon. poss. cont. tabb. & vindicatio, d. l. 27. §. pen. h. Nã illud verùm saltem est ratione effectus, non propriè & primariò; quia ex natura rei, demum obstaculo remoto per motam querelam, & non ante, potest agi hæred. petitione, l. 17. l. 20. l. 21. §. ult. eod. Unde non solùm in latissimo significatu querela hæc, actio vocatur, sed & κατὰ πρόληψιν petitio vel vindicatio.

Mens Autoris explicata. Non est per hær. pet. & specialis. Differunt quær. inoff. & petit. hæred.

N. V. Hinc enim actions) Duo hoc num. proponit Wesenb. 1. cumulari posse querelam inofficiosi cum hæred. petitione, 2. hanc ab illa diversam esse: quorum hoc illinc consequens. Equidem Dd. vulgò faciunt duplicem hæreditatis petitionem, simplicem, h. e. in specie sic dictam, (hær. pet.) & specialem, quæ ipsis querela. Sed quod ista duo remedia reverâ differant, & hæc non cadat sub genus hæred. pet. patet, 1. quod querela non sit actio, sed imploratio officii judicis; petitio autem hæreditatis sit actio propriè dicta, §. 20. I. de Act. 2. Illa detur ob æquitatem & ex officio pietatis, l. 2. h. t. hæc ex jure in re constituto, testamento vel ab intestato, l. 10. §. 1. de hæred. petit. 3. illius finis & effectus primarius sit rescindere testamentum; (contra hoc enim pronunciatur, quo facto hæres potest agere hæred. petione) l. 8. §. 6. h. t. unde & præparatoria est, arg. l. 17. l. 20. eod. hujus, hæredem declarari, & ut hæreditas restituatur, d. l. 10. 4. quod illa detur contra titulo possidentem, arg. l. 8. §. 10. ibi: quoniam ante aditam hæreditatem non nascitur querela h. t. l. 8. ibi: qui ex fideicommisso hæreditatem tenet C. eod. hæc non item, l. 25. §. 7. fam. erc. l. 45. eod. Diss. Bachov. ad Tr. disp. 17. th. 1. E. putans ista duo remedia posse quidem ut diversa considerari, sed vicem unius habere actionis, quod sequitur Vinn. ad pr. I. h. t. n. 6. nec diversus videtur D. Franzk. comm. h. n. 5. & seqq. inquiens, vindicari hæreditatem directè per hæred. pet. in specie sic dictam, obliquè verò per inofficiosi querelam, quæ intellectu quidem à pet. hær. sejuncta sit, quat. per se & immediate eò tendat ut testamentum seu factum testantis impugnet, sed tamen in effectu petitionem quoque includat, ut in simili restitutio in integrum rescindens & rescissorium atque restitutorium judicium involvat. Cæterum prædictis porro

Possunt cumulari successivè.

consequens est, quod duo hæc remedia in judicio jungi & cumulari possint, non quidem simultaneè, sed successivè. Diss. Sutholt. diss. ad Inst. 9. aph. 59. & Bach. in not. h. tegerens contra ultimam differentiam, quod querela detur contra nullo titulo possidentem, cum ex hypothesi furoris, qui color hic sumitur, testamentum habeatur pro nullo, & ita possessor sine titulo. Verùm inspiciendum hîc quod in rei veritate fit, non quod colore & fictione quadam; reverâ testamentum valet; ideoque institutus etiam est titulus eius qui exinde possidet, color q. defunctus non sana mentis fuisset, prætenditur, nec fundamentum in re habet. Nimirum concurrunt hîc & collidunt duo principia ad contraria tendentia. Jure stricto

Collisio divers. princip.

civili valet testamentum ob magnam parentum in liberos auctoritatem, l. 5. h. l. 28. C. eod. pr. I. de exh. lib. I. 2. verb. sed rectè quidem fecit. h. t. Juri autem benigno & æquitati non convenit, auctoritati paternæ tantam vim tribuere, ut liberi ab hæreditate jure naturæ debitâ, sine causa excludi possint. Quia tamen immensa est reverentia parentibus debita, quæ rectâ viâ impietatis in liberos accusari patrem non admittit, hinc secundùm principia juris extraordinaria, factâ aliquâ circuitione, jurium istorum fit conciliatio, L. Gliciâ. Et enim res temperatur lenitate verborum, querelæ nomine substituto pro accusatione vel actione, & pro impietate color prætenditur q. pater non sanæ mentis fuisset cum testamentum faceret, d. l. 2. Sic namque & satis fit juri legitimo (stricto) patriæ potestatis, & juris humanioris ratio habetur. Qui enim ex furore quid facit, consultò non facit, ideoque excusationem facilè meretur pater, & licet non vero furore, irâ tamen, qui furori similis, ob judicii defectum, percitus, perturbatus videtur. Cæterum præter prædicta nec officit ex l. 2. C. h. l. 7. in f. & l. 6. pr. ff. eod. quod instituturus querelam, prius debeat agnoscere bonorum possessionem litis ordinandæ causa, quæ titulum interim sine re præbeat. Nam quod dicitur d. l. 2. C. h. agnitam b. p. a moturo querelam, id non ita intelligendum, ac si illa necessario esset agnoscenda, sed in hac tantum hypothesi & ad hunc effectum, ut posset cumulari querela. Erat enim ibi exhæredatus emancipatus, qui jure civili non succedebat: quod cum objiceret adversarius, ille habebat opus prius petere b. p. Gl. in d. l. 2. Jung. l. 6. §. 1. h. At verò & citra agnitam b. p. agi potest querela ab hærede, modò defunctus denunciando, sec. all. l. 6. h. t. eam præparaverit: quo casu prius rescindendum est testamentum querela institutâ: nec ad hæred. pet. nisi ea sit cumulata, deveniendum, l. 20. h. t. Addesis animadv. nostr. 10. ad Sutholt. diss. 9. aph. 89. ubi ad argumenta Bachovii distinctim respondemus.

Querela datur privatis hæreditate.

N. VI. Liberis parentibus) Datur querela non nisi privatis hæreditate. Cum autem privatio sit absentia habitus, ideo necesse est existere, quibus jus hæreditatis alterius consequendæ competat. Oportet etiam esse causas ex quibus privatio illa contingat. De utroq; videndũ. Quod jus sit

Qui jus habeant ad alterius hæred. consequendam proximè juncti.

nonnullis adipiscendæ alterius hæreditatis, hoc disertè exprimitur l. 7. in fin. und. lib. 7. §. f. si tab. test. l. 15. pr. h. l. 7. de bon. damn. N. 1. præf. §. 2. quibus asseritur deberi hæreditatẽ naturali ratione liberis & parentibus. Quin & in genere deberi proximè junctis s. cognatis, habetur in l. f. C. quor. bon. l. 8. de bon. damn. l. un. C. de impon. lucr.

descript.

Ratio duplex.

descript. Ratio est & *necessitudo*, & quod *non relinquens testamentum, censeatur illud voluisse, quod juris est naturalis*. Verùm hic non unâ opus cautione. *Enimverò id non ita intelligendum; ac si jure sit natura ex præscripto*, sed ob *convenientiam* & inclinationem, juxta *obs.1. de l. & l. ad n.15. v. effectus*. Jure gentium hæreditas enim formaliter est *ex jure positivo, & originem cæpit inducta demum rerum proprietate*. Sunt etiam *gradus* hujus obligationis. *Nam liberis & parentibus debetur hereditas jure naturæ simpliciter, ut privari non possint, ob maximam ad invicem cognationem, propter quam ad id inclinat lex naturalis, & quasi naturaliter sequitur, nisi aliunde impedimentum veniat, v.c. per exheredationem*. Atque huc pertinet illud Apostoli: *si filius, ergo heres*: & *Num.27. 6.7.8.9.10.11.* Quia, id Arist. 8.*Eth.14*. *Parentes amant liberos quasi* ex se quiddam *sint, liberi autem parentes* q. ex illis quippiam sint: *licet majorem id a quo aliquid est cum genito habeat necessitudinis connexionem, quam quod factum est, cum eo qui fecit; cum* proprium *sit ei a quo oritur*. Cum quo ferè coincidit quod *l.7.§.1.und.lib*. Papin. dicit, *liberos ad successionem parentum admittere natura simul, & commune parentum votum: parentes verò turbato ordine mortalitatis libero succedere*. Non actis jure naturæ parentibus non debeatur successio; utrique enim subest *summus genitæ & gignenti amor & necessitudo*: quamvis in gradibus remissis, juxta Aristot. *d.l.* Sed quod in liberorum successione insuper adsit *votum parentum*, qui optare solent, ut liberi supervivant, quodque ordo mortalitatis esse hic soleat, ut hi prius moriantur & parentibus succedant. *Unde & vivo patre quodammodo jus rerum paternarum habere dicuntur, seu dominium κατ' ἐλπίδα, ob certissimam spem futuræ successionis l.11. de lib. & posth. her. d.l.1.§.12. de succ. ed.* Neque enim sola directio ipsis deest eorum patre vivente, sed & jus in re atque ad rem, sive quocunque alio nomine vocetur, multoque minus ii iis ullo nomine actio comparata est, patre rerum suarum (etiam quoad extremum dominii h. e. alienationem) arbitro solo existente. Mater. *de quartis c.9 n.16*. Angel. de Paltronibus *ad l.5. C. de Ed. D. Hadr. toll. q.17. n.190. & seqq.* Ubi vero *ordo iste turbatur, h.e. liberi prius præposterè defuncti, tamen ratio miserationis exigit & his relinquere. Ex inde turbato licet ordine mortalitatis, non minùs parentibus quàm liberis piè relinqui debet, ut bene & piè idem* Papin. *l.15. h.t.* Reliquis vero præter liberos & parentes cognatis debetur successio *sub conditione, si alii instituti non fuerint*, quia tanta in lineâ rectâ s. perpendiculari, non est cum defuncto ipsis necessitudo. Hæc enim prout arctior est vel remissior, jus quoque ad hæreditatem tale facit. Nam fratres se mutuò diligunt ex aliâ ratione quàm parentes & liberi, sc. quod ex iisdem sint nati; *Communis enim qui inter ipsos est ortus: ipsos* q. eosdem *facit, ratione unius sanguinis, unius radicis. Patrueles item & reliqui cognati ex his conjunctionem habent, eo videl. quod ab iisdem sint alii, propinquiores, alii remotiores, quo vel propius vel longius author generis abest*, verba sunt Philosophi *d.l.* Adeoque *jure naturæ liberum est & arbitrii testatoris, num ex istis cognatis quosdam vocare velit, an alios sibi non junctos adsciscere*. Licet etiam ubi testamentum abest, facultas detur proximè junctis, juxta gradus prædictos, occupandi bona omnia, secus tamen est, ubi quæstio de testamento. Nam talia conditoris integrum est, universa bona sibi junctis non relinquere, sed alios de suo juvare. Quæ ratio olim quoque erat L. XII. tabb. *prout quisque rei suæ legasset ita jus esto*. Et prædicta, ut supra insinuavimus, licet juri naturæ sint consentanea, *non tamen eodem jure sunt necessaria*, sed indifferenter se habere possunt & variè prout lege, pactis, moribus, vel à testatore definiuntur. Conf. Grot. *de I.P. & b. l.2. c.7*. Quam ob rem sæpè & inter liberos inæqualis fit divisio, v.c. si qui magis meriti fuerint, si bonis adventitiis careant, si adhoc infantes sint, & sic deinceps *l.8. C. h.t. l.30. §.1. N.117. c.1.* Ne verò in his sæpè durior existeret testator, nec arbitrio ipse utatur vago nimisque rigoroso; *lex civilis* determinavit illam portionem quæ necessariò propinquioribus nonnullis tribuenda, & *Legitimam* appellavit. Voluit autem lex Romana illam relinquendam, habitâ ratione *necessitudinis majoris aut minoris*, non omnibus, sed saltim (1) in lineâ rectâ *parentibus & liberis* absolute. (2) in collaterali *fratribus & sororibus germanis atque consanguineis, sub conditione si* turpis persona instituatur. Utut enim sit arbitrium, instituendi eos qui à latere, iniquum tamen est, illis quos communis ortus fratres vel sorores (q. eosdem) fecit honestis et iam, turpem præferri. Tantùm de liberis s. jure consequendi alterius hæreditatem, aut saltim legitimam. Privatio ejus fit *per exheredationem*, facultati enim hereditatem alterius ex testamento adipiscendæ naturâ inest & tacitè (ut conditio sine quâ non) *nisi pragnans ratio & æquè naturalis quàm quæ ad dandum movet, moverit ad non dandum*. Ne vero & in his limites æqui excederentur, determinatum quoque fuit quæ causæ esse debeant exheredationis. Et licet olim quælibet, etiam non inserta sufficeret, unde tunc subinde opus fuit Querelâ, ut testamentum ipso jure validum, ob iniquam exheredationem rescinderetur, *l.5. h.t. l.28. C. eod.* tamen deinceps aliter statutum fuit, *N.115. c.3. & 4.* In hac enim præscripta est *certa forma ex certis causis* exheredandi, liberis parentibusque, qua non secuta testamentum nullum est, nec opus per querelam rescissione. Servatâ autem formâ illâ, si ex causâ insertâ sed falsâ, quamque heres probare nequit, facta exheredatio, demum querelæ quoad liberos & parentes locus, evadit, *d.c.3. & 4.* In *fratribus & sororibus secus est, nulla præscripta his forma exheredandi* ideoque nec in eis locum querelæ facit exheredatio, sed *turpis personæ restitutio*, quæ ut supra diximus, iniqua habetur, *l.27. C. h.t.* Ubi itaque talis institutio non est, cessat quoque testamenti rescissio. Ita Dn. Antecessores Fac. nostræ ad Joachimum Dieterich Wismariensem: das ewer Bruder Heinrich Dieterich J.V.D. in seinem Testament euch seinem Bruder seine Güter zu vermachen/und deß Brudern Claus Dieterichen Sel. Tochter gar vorbeyzugehen oder mit einem legato, wie geschehen/zu begaben/ befugt gewesen/ V. R. W. anno 1600. 13. Junii. Juxta hæc itaque querela certis casibus competit 1. Liberis. 2. Parentibus. 3. Fratribus & sororibus germanis vel consanguineis. De his illud hic præcipuè notandum, non levem Aut. h. & Sutholti *diss.9. aph.83.* lapsum esse, *fratres germanos ex collateralibus saltem ad querelam admittentium*. Rationem fortè putant, quod, *sc. Nov.118. c.1.* fratres germani consanguineis in successione ab intestato præferantur, ergô nec hic ad querelam admittantur. Verùm & textus ex pr. *in l.27. C. h.t.* contrarium dicit, quod miror eos Dd. non observasse, & non valet argumentum à succ. ab intestato ad querelam inofficiosi affirmans universaliter, puta: quibuscunque præ aliis debetur hereditas ab intestato, illis etiam præ aliis competit querela. Valet autem hoc: cuidam cui debetur hereditas ab intestato, datur, & querela inofficiosi, eademque ratione licet hodie uterinorum & consanguineorum differentia, quoad succ. ab intr. sit sublata, *d. N.118. c.3.* tamen nihilominus à querelâ illi arcentur. Ideoque non correcta est per *d. Novellam §.1. l. h. t. & l.27. C. eod.* quibus dicitur quod

Quod jus. nat. conveniens.

Quomodo debeatur lib. & parent. jur. nat.

Ratio ex Aristot.

Quomodo aliquis cognatis.

Indifferens est cognatis extra liberos & parentes adscrescere.

Vtæ liberis æqualiter tribuere.

Lex positiva determinavit quantam port. proximè junctis testamento relinquenda in linea recta simpliciter in collaterali sec. quid.

Quomodo quis possit illa portione privari.

Definitiâ & hoc lege positivâ.

Sed aliter tamen quoad lib. & parentes.

Aliter in fratrib. & sororibus.

Sec. dicta querela datur 1. liberis 2. parentibus 3. fratribus & sororibus.

Notatur A. & Sutholt consanguineos fratres a querela arcentes.

vel *expressâ & insertâ causarum unâ* ex c.4. & aliis *d.N.* 115. vel *non*. Illo casu *si hæres eam potest probare, vel de ea constet*, querela cessat, *si nequit*, eidem locus est: quia testamentum hîc est factum sec. formam *d.N.* & subsistit, *Iniquum tamen & contra officium pietatis factum censetur*, cum hæres causam insertam probare nequit. *arg.l.1. & 2.h.t.* Quamvis enim Bachov. *ad §.1. n.6.vers.ego tamen I.h.t. ad Wes.in not. b. & ad Tr.disp. 13.th.1.F.* putet hoc casu potius dari implorationem officii judicis (ut is declaret an causa sit vera vel non) quàm querelam: tamen contrarium longè verius est. Hoc casu, & si nulla causa expressa, cessante querelâ testamentum esse *ipso jure nullum*, rectissimè 5. argumentis ostendit Bachov. *ad d.§.I.n.5.* Jung. Animadvers. nostr. *6.ad Sutholts diss.9.aph.6 C.*

Quomodo dicatur liberis, & præparetur.

N. VIII. *Liberis quidem indistinctè*) Quomodo Querela præparari dicatur, habetur *in l.7.h.t.* Sed Q. *an etiam non præparata ad hæredes transmittatur?* Et verius contr. Wesenbec. distinguitur, quod jure veteri neque ad suos neque ad extraneos transmittatur, nisi præparata, per *l.6.§.f.h.t.l.34.C.eod.* Jure novo ad descendentes (sive suos sive emancipatos) etiam non præparata transmittitur, ad extraneos autem non, nisi præparata, *l.34.l.pen.f.C.h.* Neque officit (1) quod suis etiam jure vet. competat non præparata propter jus repræsentationis, quibus exinde injuria fieri videatur. Nam, præterquam quod aliud constet *ex d.l.6. §. f. h.* hîc etiam non agitur principaliter de injuriâ vindicandâ, sed de rescindendo testamento, & hæreditate petendâ: neque actio injuriarum ad suos hæredes etiam aliter transit, quàm lite contestatâ, *§.1.I.d. perp. & temp.act.* Ita nec 2) mutat *l.6. de transact.* in quâ mater querelam ad suos non transmittit. Ratio enim non est, quod in eâ jus antiquum contineatur, sed quod mater querelæ renunciaverat. Conf. Bach. *in not.*

An contra fiscum.

N. IX. *Fiscus qui bona occupat*) Rectiùs dist. Gl. *in l.10.C.h.t.* ut competat querela *contra fiscum*, si bona ad eum perveniant jure successionis, si verò ut vacantia occupavit, petitio hæreditatis.

Contra legatarium.

Quoad *legatarium* verius est, contra A. adversus eum non dari hanc querelam *in all.l.29.* quod pro suo interesse saltem interveniat, ut rectè explicat Bach. *in not.* De peculio castr. vel q.castr. res altioris est indaginis. Equidem *sec.l.f.C.h.t.* non subjacet querelæ testamentum quoad pecul. castr. vel quasi castr.

An contra testâ. pecul. castr. & q. castr.

Quo ad hoc (q.castrense) tamen illud correctum, *per Nov.115.c.4. & Nov.123.c.19.* ubi de clerico dicitur quod debeat legitimam relinquere de q.castrensi peculio. Et in militari justum hoc esse suadet favor rerum & militiæ armatæ ratio singularis. Add. *§.f.I.de test.mil.* ubi dicitur, quod filius de q.castr. peculio debeat jur.comm. testari. In milite, ut dixi, secus est; nec generalia verba *N.115.c.4.* debent adimere ipsi privilegium in *l.9.C.de mil.test. & l.9. C. h.* licet dissentiant Dd. comm. sec. Bart. *d.lib.10.t.8.n.21.* Exceptio est, si miles jure communi testamentum fecerit, tunc enim ex hoc æstimatur, & querelæ subjacet. *d.l.9. C.de test.mil.* Nec officit quod Bach. *ad Tr.h.th.3.A.* opponit, sic privilegium datum esse modo testandi, non rebus. Nam verum est quod aliter non competat privilegium, nisi jure militari testamentum fiat, cum aliàs 7. testes requirantur. Ideoque in duobus illis casibus & hodie querelæ subjacent ejusmodi testamenta: Si in cæteris non est observata forma *d.N.* tum testamentum ipso jure nullum est.

Dolor non sanæ mentis hodie non requirendus.

N. X. *Non sanæ mentis*) Colorem hunc videre licet *etiam in aliarum gentium testamentis*, quibus de Grot. *h.in fl.ff.ad l.hoc colore.* Bart. vult hodie *istum non requiri*, sed satis esse proponi causam exhæredationis s. præteritionis veram non esse, sequiturque Gotofr. *in l.5.h. t.* Idem sentit Tim.Fab. *diff.annot.ad Inst.h.t.* ubi rationem reddit. Bachov. *tamen videtur non malè istiusmodi colorem adhuc requirere, licet enim hodie testamentum per querelam evacuatum quoad legata valeat; tamen quoad principale & hæredis institutionem annihilatur. Et color non sanæ mentis prætenditur non q. quis verè furiosus vel demens testatus sit; sed quod rectè quidem fecerit testamentum, verum non* ex officio pietatis, *unde* & inofficiosum *vocatur. At tale adhuc semper est ejusmodi testamentum*, propter iniquitatem & injuriam *exhæredationis, l.3. & 4.h.* Confer ista pluribus explicantem post hæc scripta visum Mæst. *de just.ll. Rom. l. 2. c. 49.* Ideoque & hoc isti colori locus est. Add. Treutl. *not. Aur. ad Vult. p.95.c.22.* & Bach. *ad Tr.h. th.6.E.*

An & quomodo quer. sit rescissoria.

Præsertim cum sit rescissoria) Rationem veram reddit Wes. cur querela saltem *quinquennio* detur, quod actiones civiles, qualis & hæc, sint perpetuæ, *§.1.I.de perp.& temp.act.* Nunquam quia *& contra leges est, & rescissoria*, dum rescindit illud quod jure civili summo validum est (quæ autem ejusmodi sunt, ceu odiosa, arctiori tempore constringenda veniunt) ratione externâ, ne ultima voluntas diu sit in suspenso. Exinde etiam est, quod si quis contra veritatem agat hac querelâ, eum perdere relicta, & fiscum ea ut ab indigno vindicare, *l.8.§.14.h.t.* Rectè itaque querelam cum rescissoriis actionibus *in l.35.de O.& A.* hactenus confert Autor. Quamvis enim ut regerit Bach. *in not b.* illæ sint annales, tamen hoc cum querelâ participant, ut, ceu odiosum quid, arctiori tempore quàm cæteræ actiones constringantur.

An hodie per Quer. rescindatur testamentum saltem quo ad institutionem. Aff. A. Resp. Bachovio dissentiens.

N. XI. *Quod tamen hodie correctum*) Q. *an rescisso per querelam testamento, nihilominus legata, fideicommissa, dationes tutelarum &c. valeant:* Rectè affirmat A. *per N.115.c.3.& auth.ex causa C.de lib.præter.* Cum enim Imperatori saltem fuerit propositum auferre à liberis injuriam exhæredationis & præteritionis, voluit quoque *corruere* saltem testamentum *quoad institutionem*, non quoad legata vel fideicommissa, utpote quæ parens, etiam non institutis relinquere potuisset. Neque officit quod Bach. *ad Tr.d.disp.th.7.lit.C.th.1. B.& ad Auth.h.* opinatur, nec hodie ex testamento per querelam rescisso deberi legata &c *quod sec. d. N. testamentum ipso sit jure nullum* (*cum lex ibi citra ullum periculum adjudicet hæreditatem, in judicio autem querela dubius litis eventus sit adeundus*) *adeoque ejus dispositio ad querelam non pertineat.* Nam quamvis ista Nov. non directò, tamen *implicitè* eo spectat. quandocunque enim constat filium injustè esse exhæredatum, testamentum saltem corruit quoad institutionem, *d.N.115.c.3.* At quando per institutam querelam rescissum est testamentum constat filium esse injustè exhæredatum. E. Duplex enim remedium habet filius contra testamentum patris, vel *jus dicendi nullum*, si non observata sit forma institutionis *d.N.* præscripta, vel *Querelam*, si eâ observatâ testamentum *contra officium pietatis* factum. Quomodocunque autem constet de injustitiâ institutionis, præteritionis vel exhæredationis, semper hic effectus est, ut nullum sit testamentum *saltem quoad principale* in quo vitium erat, *arg.l.34. sub fin. C. de donat.* Quomodo ex facto consulti in Collegio nostro Juridico sæpius respondimus. Add. not. *infr. ad tit. de lib. & posth. hered. n.5.* Bart. *d.l.10.t.10.n.6.* Dn. Richter *dec.50.* Wurmſ. *contr.4. ad §. 1. de exh.lib.n.13 & seqq.*

TITULUS III. C. 3. 31.

De hæreditatis petitione.

1 *Continuatio: & affinitas hujus actionis cũ præcedenti.*

QUærelæ inofficiosi testamenti affinis est Petitio hæreditatis; nam & universalis est, *gl & Dd in Rub. C. de inoff testa. per l item 10. §. item hoc tit.* & hæreditatem petit, quomodo illa, ac (sicuti antè diximus) illius veluti pars est, aut certè sequela, aut (*ut volunt Dd*) illa hujus præparatoria, *glos. hoc in Rub. & in Rub. C. de inoff. test. & de pet. hæ.* ita ut cumulati uno libello possint *vide sup. tit. 1. ubi dixi.* Quare post expositionem querelæ de inofficioso testamento, ordine sequitur, ut de petitione hæreditatis agamus.

2 *Quid sit petitio, quid sit hæreditas.*

Petitionis verbo, plerunque actiones reales significantur, *l. pecunia 178. §. 2. vers petitionis de verb. sign.* Cum itaque hæc actio realis sit, *l. sed etsi lege 25. §. petitio 18. h. t.* rectius petitio, quam actio nominatur. Hæreditas nomen juris est: *d. l pecunia. vers hæreditas.* & etiam sine corpore intellectum juris habet: *l hæreditas ... hoc tit.* hoc est, intelligitur ex juris disciplina hæreditas existere, quantumvis nullum corpus, seu nulla res corporalis, quæ sub sensum aspectumque cadat, in ea reperiatur: ut cum aliquis mercator tantum nomina & actiones, vel etiam duntaxat æs alienum, in hæreditate reliquit. Hæreditas Ciceroni *in Topic.* est pecunia (nomine scilicet generatim usurpato. *l pecun. 178. de verb sig.*) quæ morte alicujus ad quempiam pervenit: nec ex legata testamento est, aut possessione retenta. Theophilo, *Inst de reb. corp & incor* Jus quoddam certis modis constitutum, & intellectu comprehensum, quod alieni patrimonii universalem dominium jure efficit: Juliano *l. hæreditas 62 de reg. jur. l nihil 24. de verb signif.* successio in universum jus quod defunctus habuit, qua de re alibi *ad tit. inst de hær inst.* diximus.

3. *Divisio petitionum.*

Hæreditas autem petitur aut ex jure Civili, aut ex jure Prætorio aut S.C. & petitur vel Tota, vel pro Parte: ex quo fit, ut plures numerentur petitionis species, de quibus singulis est dicendum: ac primum de civili & Universali hæreditatis petitione.

4 *Definitio petitionis hæreditatis.*

Ea sic definiri potest; Ut sit actio civilis, universalis, in rem, petitorii judicii, bonæ fidei: qua quis petit hæredem se declarari, hæreditatemque jure ad se pertinentem, ab eo qui pro hærede vel pro possessore possidet, sibi restitui.

5 *Quæ sunt propria: & explicatio definitionis.*

Dico esse Civilem, nam etsi prætor eam proponit in Edicto, *l. 1. in princ. si pars hære petat.* tamen ex jure civili, quo hæreditates petuntur, *l. 1. & 2. hoc t. l. lege 130. de verbor signific.* eam proponit, ut reliquas juris civilis vendicationes, *l præ tor. ... inf tit 1 ubi vide* atque etiam personales actiones, *l. 1 in prin. commod.* Dico esse Universalem, *l. 1. in prin in verb. post actionem quas de universitate &c. de rei ven, glos. in l. 1. de edend. Iaso post. alios in Rubr. C. de inoff testamen.* Ut enim Universale est judicium dotis, *Dd. in Rubr solut matr. gloss in l quod dicitur 5. verb sed dotis. de impen. in res dot fac.* peculii: *l item 20 §. non solum 10 h t. ... in d l quod dicitur Iaso in l. 3. n. 10. C. de eden.* jurisdictionis *Ias in d. l 3 &c.* ita & est petitio hæreditatis, petitur enim ea corpus bonorum, hoc est, universitatis, *l. 1 de re. vend gl in l. 5. verb sed dotis vers patrimonii de impens. in res dot. fac.* in qua sunt varia jura, & diversæ species, res corporales, incorporales, moventes, mobiles, immobiles, &c.

6 *Cur petitio sit universalis, civilis, realis, bonæ fidei, &c.*

Quare cum actiones assimilentur rebus quæ his petuntur *gl. & Dd. in l. 1. C. si advers trans. & in § hæc ergo verb. numerand in Auth. de non alien. Bald. in l. jubemus 14. C. de sacr. Eccles.* cumque judicetur de actione, ut de re ad quam petendam destinata est: *Bart Iac de Are. Alc in l. moventium. de verb signif. Cast. in l quam Tuberonis § fin de pecu. Alex. in l. à divo Pio §. in vend in 1. not. de re judi. late Tiraq. in retrac. prox §. 1. gl. 7 num. 17.* sequens est, petitionem etiam hæreditatis, quæ ad universitatem bonorum persequendam proposita est, universalem esse *d. l. 1 de rei vend* Nec obstat, quod etiam res minima *l. licet 10 h t.* & singularis, & non modo tota hæreditas, sed etiam pars ejus peti possit, *l. ... & 1. si pars hær peta.* nam & qui rem singularem petit ut hæreditariam, universaliter agit, petit enim se declarari hæredem, hoc est, universitatis dominum: & jus suum metitur, non ex eo quod adversarius possidet, sed quod ipse habet *d l 1.* &, qui partem petit hæreditatis, universitatem petit: quod enim juris obtinet in toto, idem & in qualibet ejus parte: *l. quæ de tota 76. de rei vend.* & ut hæreditas tota est universale corpus bonorum, ita & quota hæreditatis portio, *§ restituta cum seqq. Inst. de fideicomm hæred. l. non amplius 26. §. fin. de legat. 1 l. si quis ... § fin cum l seq. de leg 2.* Addo esse Realem, *l. sed etsi 25 § petitio. 18 hoc tit* ea de causa, quod detur contra possidentem, *l. nec ullam 13. §. fin. cum ll seqq h t.* qui nullo ex contractu ad dandum vel faciendum obligatus est, sed ratione ejus quod possidet, ut id scilicet restituat, convenitur, id quod proprium est actionum realium, qua peculiari velut nota, à personalibus discriminantur. *§. 1. Inst de actio. Ias in Rubr C. de inoffic. testament Bald in l si certus annus ante pen C. de pact.* Habet tamen hæc actio præstationes aliquod personales, *d l sed etsi §. petitio.* quarum respectu, mistam causam obtinere dicitur, *l. hæreditatis 7. C. eodem §. quædam Inst. de act.* Quandoquidem enim universalis est, in eamque veniunt omnia quæ ex bona fide (unde bonæ quoque fidei existimatur, *l. fin C. eodem, § actionum, in fin. Inst eod.*) præstari æquum est: fit, ut interdum dari etiam quippiam à possessore petatur: puta precia rerum distractarum, aut æs alienum à debitoribus exactum, *l. item veniunt, 20. cum ll seq. hoc tit.* Petere autem vel Dari, proprium est personalium actionum: in quibus ad dandum vel faciendum agitur, sicut in realibus ad restituendum, *§. 1. de act. l. actionum 25 de act. & oblig.* Hoc igitur respectu, petitio hæc mistam obtinere causam intelligitur: alioqui sua natura est realis, *d. l. sed etsi 25. § petitio, Maran. parte judic. 4. dist. 3. num. 4 ubi dicit hanc esse comm vide Ias. in § sed istæ nu. 13 & § item Serviana nu 121. Inst. de act.* eoque & petitio dicitur, *l. pecunia 78 vers petitio de verb signific* & Vendicatio, *l. legitimam 8. hoc tit* & actor in Rem agere, *l. si bona 49. h t l. 3 C. eodem* ac vendicare, *d l. legitimam* perhibetur. Dico esse petitorii judicii: *Ias in § actionum nu. 114. Inst. de actio.* quia actor non modo petit sibi res hæreditarias restitui, quod est commune cum possessoriis: *l. 1 §. 1. verb. restitutoria de interdict.* sed etiam jus suum declarari, & se pronunciari hæredem, hoc est: dominum, perinde atque in rei vendicatione. Hæredem enim dominum veteres appellarunt, tanquam herum, *§ fin. Inst de hære. qual. & differen.* Dico esse Bonæ fidei: *d. l fin C eod. § actionum verb petitio, &c Inst de act.* Nam cum sit universale judicium, & augmentum ac decrementum, *d l. item, 20. §. 1. h t.* natura sua, pro ratione variantium circumstantiarum & variis rerum eventis recipiat: ideo certa formula concludi, & strictis judiciorum regulis includi nequit. sed quo suum cuique recte tribuatur, ex bono & æquo ut interpretationem recipiat, necesse est: idque & publicè interest, ut voluntatibus defunctorum, ad quas pertinet hæc petitio, prolixius consulatur, *l 1. C de sacros. Eccles. l. 3. de testam.* Neque enim solum ab intestato, sed etiam ex testamento hæc actio proponitur, & utrocunque modo agatur, semper ex voluntate defuncti agi intelligitur: qui non facto testamento, præsumitur sponte sua hæredes ab intestato sibi succedere voluisse, *l 3. l conficiuntur 8. de jure codic* Addo, Qua quis petit se hæredem declarari, & sibi hæreditatem restitui, &c. Sunt enim duæ hæc actionis partes: *Bar. in l. 1 C quor. bon.* quarum altera petit se actor hæredem sententia judicis declarari, altera Res hæreditarias sibi restitui.

7 *Species petitionis.*

Species hujus actionis duæ sunt præcipuæ: alia enim Directa est, quæ datur contra eum, qui pro hærede aut pro possessore possidet: alia utilis quæ competit adversus eum, qui à possessorem habet *l nec ullam 13 §. quod si 4. § si quis sciens 8. & 9. item si quis 9 §. apud Marcellum 10. hoc tit.* Deinde alia est civilis, & hæc aut in Totam hæreditatem, *ut hoc tit.* aut in Partem intenditur: *ut in tit. seq* alia prætoria, quæ ex jurisdictione magistratus, bonorum possessoribus datur: *inf de poss. hær petit.* alia Fideicommissoria, quæ ex S. C. fideicommissoriis universalibus, *infr de fideico. hær. petit.* bonorum possessoribus *l. 2. & 3. fideicom. hær. petit.* & aliis qui pro hæredibus ex S C. habentur, competit: ut nec mere civilis sit, nec prætoria, cum ab his distinguatur: *d l. 1 & 3.* sed commune quoddam remedium utile his, qui quidem directo non sunt hæredes, sed quasi, & pro hæredibus sive jure civili sive prætorio habentur, *l. 2. & 3 de fid. hær pet.*

8 *Causa efficiens: & quibus, contra quos, cur & quo judice hæc actio detur: & quomodo, quoque ordine sit proponenda.*

Causa igitur efficiens remota hujus actionis, est Lex, Prætor, S. C. Causa propinqua, Jus hæreditarium, quod agens habere intendit: sive ex testamento, sive ab intestato, sive ex veteri jure XII. Tabul. sive ex novo: *l. 1. 2. 3 h. tit* sive per se illud habeat, sive per alios, *d l 1 2 3.* Nam & hæres hæredis pro hærede est: *l si hæredem 10. C eod l. fin. C. de hær. inst. de quo tamen vide Paul lib. 1 sent. 13. junc l. 6. § ultim. de inoffic test.* & indifferenter quicunque hæredes se esse intendunt, hac actione agere possunt: etiam filius contra patrem, de successione materna, *l. fin. hoc titul.* &c. Datur autem eo ordine, ut primum scriptis detur hæredibus. *l legitimam 8. hoc titul l si scripti 9. C. eodem Bart in l. si quis 13. hoc tit.* post, causa testamenti evacuata, illis qui ab intestato veniunt, *d. l legitimam.* quanquam potest quis etiam omnem hæreditarii juris causam in judicium deducere non expresso eo, utrum ex testamento agat, an ab intestato *gloss. & Dd. in l. ... ad verb. præclusisse C. de codicil.*

&

& in l. ex facto verb. de jure. de except. rei judicat. Nam libelli generales & incerti, in his universalibus judiciis facilius admittuntur: cum horum judiciorum natura talis sit initio, ut propter varietatem rerum certo definiri designarique nequeant, sed post per probationes, & officio judicis dilucidentur, *gl. & Doctores in l. 1. in princip. de edea. l. 2. C. qua sent. sine cert. quant. § curare. Institut. de act. vide omnino Schurff. cons. 63. cent. 1.* Quare crediderim, & alternative ab his, qui ab intestato succedunt, agi recte hoc modo posse. Peto ex testamento, si quod factum est: & ut de hoc constet, peto illud exhiberi, & possessorem ad jusjurandum cogi, utrum aliquod in bonis hæreditatis repererit, an non: sin autem nullum omnino factum est, peto eandem hæreditatem ab intestato, *Pet. Iacob in for. petit. ab intest. num. 3. Ias. num. 6. post glo. & Bart. in l. controversia d. transac. vide tamen l. ult. C. de codic.*

9. *Quando sit proponenda: & cui quare detur, contra quem.*

Maxime si aut ex facto adversarii, callide celantis testamentum, aut aliunde probabilem habeat actor dubitandi causam, *per doctrinam Bart. in l. 1. num. 1. quor. bon. Ias. in § curare num. 7. Inst. de actio. Dec. in l. nemo 43. § quoties de regul. jur.* nec enim altera petitio alteram impedit: neque sententia in una lata parit exceptionem in altera: ut hic nulla regula, prohibens cumulationem, obstare possit, *l. legitimam. 8. hoc tit. gloss. in l. ex facto verb. de jure de except. rei judic. & in l. fin. verb. pro cludisse, ubi Salic. num. 7. C. de codicill.* Alias fateor verum esse, ab intestato non ante commodum peti, quam cognitum exploratumque sit ex testamento hæreditatem peti non posse: *§ proximus Institut. de leg. ag. suc. § cum autem in verb. eo tempore quo certum est aliquem sine testamento decessisse. Institut. de hær. qua ab intest. l. scripti 9. C. eodem, l. is qui putat 15. cum ll. seqq. l. si quis. 21. cum l. seq. l. pater 93. de acquir. hæred.* quemadmodum nec idonee petitur, priusquam constet hæreditatem esse: hoc est, eum esse defunctum, de consequenda cujus hæreditate lis est. *Ross. in summa. de petit. hæred.* Viventis enim nulla est hæreditas, *l. 1. de hær. vel act. vend.* Necessaria autem hæredibus hujusmodi est actio: quia licet ex l. ipso jure hæredes fiant, & adita animo hæreditate, *vide infra de acquir. hæred.* statim dominium & omne jus defuncti, ab ejus morte consequantur, *§ fin. Inst. de hær. qual. l. omnia 193. l. omnis. 138. de reg. jur. l. si ex re 28. § fi. de stipul. ser.* occupare etiam vacantem, neque ab alio hæreditatem possessam possint: *Baldus in l. fin. numer. 3. ubi etiam Bart. Cyn. Fab. doc. Ias. C. de edic. divi Adriani toll. Ferrar. in for. lib. quo peto hær. ex test. ad verb. injusta num. 1. & 4. Innoc. Imol. & alii in c. cum in officiis, de test. vide infra Quor. bono.* tamen ubi alius pro hærede vel possessore eam possidet, privata eum authoritate capellere prohibentur: eoque legitima hac actione restitui ut sibi petant, necesse est: cum tantum dominium, quod est juris, non etiam possessio, quæ plurimum facti habet, adita hæreditate ipso jure transeat, *l. cum hæredes 23. de acq. poss. vide infr. ad tit. Quor. bono.* Datur ergo hæc actio hæredi isto casu quando scilicet hæres factus est adeundo, *vid. Ross. in summa,* & tamen possessionem necdum est adeptus, nec sua privatum authoritate adipisci potest. Nam ea semel quæsita & adepta, amplius ad res amissas repetendas non datur. Hæreditatis petitio *vide late Ias. in § actio. num. 215. Instit. de actio.* (desiit enim esse hæreditas) sed superest tantum Rei vendicatio, *Dec. in l. hæreditas 67. numer. 3. & 4. de reg. jur.* Proponi autem hæc actio utrovis loco potest, vel ubi domicilium possessor reus habet, *Bart. & Bald. in l. 1. C. ubi de hær. agi.* vel ubi major hæreditatis pars est sita: *gloss. Bartol. & Dd. in l. unic. C. ubi de hær. agi. Bald. in l. 2. quem testam. ape.* & si pluribus locis dissipata sit, pluribus etiam locis poterit intentari: *Baldus & Castr. d. l. unic.* sicut pluribus locis in possessionem bonorum missio peti potest *Bald. Castr. Salic. in d. l. unic.* electioni scilicet actori concessa, quo potissimum in foro agere velit, *l. fin. C. de jurisdict. l. fin. C. de long. temp. præsc.* Nam etsi actor sequitur forum rei *d. l. ult. C. de jurisdic.* tamen cum pluribus hic locis jurisdictioni obnoxius est, cum in arbitrio & potestate agentis est eligere ea omnibus forum maxime idoneum, præsertim in realibus: *gl. Castr. & Dd. in l. ult. C. ubi in rem act.* alioquin reus variando ludificari, & subterfugere judicium posset, *l. 3. in princ. de eo quod cert. loc.*

10. *Quis pro possessore vel hærede possideat, & cur non detur contra singulari titulo possidentem.*

Quamvis autem olim hæc actio apud Centumvirale judicium solita est exerceri *l. fin. C. eo.* tamen de eo hodie, ut pote Centumviralibus illis judiciis sublatis, subtilius quæri non est necesse, proque explorato illud habendum est, coram quovis ordinario loci competenti judice, hanc institui actionem posse. Quæ quidem competit adversus eum, qui Pro hærede vel Pro possessore, jus aut rem hæreditariam, licet minimam, *l. regulariter. 9. cum ll. seqq. l. 4. h. t.* possidet, *d. l. regulariter. l. hæreditatis 7. C. eod.* Pro hærede autem possidet, qui putat se hæredem esse ejus, de cujus hæreditate agitur, *l. pro hærede 11. cum ll. seqq. h. t.* Nam si velut alterius hæreditatem possideat, hac actione conveniri nequit, quia titulo singulari & extraneo possidet: *Bart. & Dd. in d. l. pro hærede vide Appell. in dialect. c. 1.* ut paulo post dicemus. Nec interest, utrum se putet ex justa causa hæredem, an ex injusta, *l. item. 20. § præter. 6. l. sed etsi. 5. § scire. 4. hoc t.* quin etsi vere sit hæres, dabitur tamen contra eum ut cohæredem, Hæreditatis petitio, si actorem pro cohærede agnoscere nolit, *l. 1. § item 4. si pars hæred. pet. l. permittendum. 8. eod. tit.* Sed & is qui scit se hæredem non esse, tamen si contendat, potest pro hærede conveniri, *l. pro hærede 11. h. t.* nec enim interest utrum quis bona an mala fide possideat. Quod ita accipiendum est, non scilicet is qui ita scienter possidet, aliquam causam Pro hærede possidendi habet & obtendit: ut cum emit ab eo hæreditatem, quem scivit jus vendendi non habere. Etsi enim malæ fidei est, tamen non continuo prædo est, & pro possessore tantum possidet, qui pretium numeravit: *l. nec ullam 13. § si quis sciens h. t.* alias vero si per mendacium, & sine ullo probabili præterea aut causa contendat se hæredem, qui scit hæreditatem ad se non pertinere: is non pro hærede: sed pro possessore possidere intelligetur, *l. qui interrogatus 12. h. t.* Pro possessore enim possidet prædo, qui interrogatus cur possideat, petiturus sit principium: nec aliud responsurus quam, Quia possideo, nec contendit se hæredem, aut per mendacium contendit, *l. pro hærede 11. § fi. cum l. seq. h. t. l. sed etsi 25. § 1. l. prædonis 46. h. t.* Hi autem tituli, Pro hærede & Pro possessore, omnibus titulis qui ex eodem jure hæreditario consequuntur & fluunt, cohærent, *l. nec ullam. 13. § 1. h. t.* Pro hærede quidem titulus, omnibus his qui veri & justi sunt. Nam bonorum possessores, & reliqui qui pro hæredibus habentur, *l. item 20. § licet. 15. h. t.* item singulares successores hæredum, puta qui a putativo hærede emerunt, aut ea alia causa titulove quæsiverunt, pro hæredibus conveniuntur, *l. sed etsi 25. § item. 12. h. t.* saltem utiliter, *l. nec ullam 13. § quod si 4. hoc tit.* Pro possessore autem titulus cohæret reliquis omnibus titulis injustis & nullis: ut si quis emit nulliter a furioso, aut donatum accepit ab eo, qui donare prohibetur, puta a conjuge se pro hærede gerente, *d. l. nec ullam. 13. § 1. &c.* Paria enim sunt, Nullo titulo possidere, vel non justo neque valido possidere *d. l. nec ullam 13. § 1. § sciendum Institut. de satisd. tut.* Oportet autem possessorem esse qui conveniatur, ut in Rei vendicatione: nec enim implere intentionem hujus actionis potest, hoc est, restituere nequit, qui non possideat. quare qui restituit hæreditatem, aut res alienavit, hac actione teneri nequit, nisi dolo & sciens fecit, atque ita propter dolum pro possessore tenentur, *d. l. nec ullam 13. § fin. l. quod si 16. cum multis ll. seqq. hoc titul.* Debitor quoque hæreditatis, pro possessore habetur, quia possessor juris est. Jura porro hac etiam actione petuntur, ut paulo post dicam: quare & hunc teneri petitione hæreditatis, certum est, *d. l. nec ullam 13. § fin. l. sed utrum 14. cum ll. seqq. hoc titul. l. fin. si pars hæred. peta. l. fundus. 35. § fin. ff. famil. hercisc.* Nam quod ait Ulpianus, *l. si debitor. 42. hoc titul.* non teneri debitorem petitione hæreditatis, qui non ideo noluit solvere, quod se dicat hæredem, sed quod neget aut dubitet, an hæreditas pertineat ad eum qui petit hæreditatem: accipiendum est de eo qui solvere paratus est, dummodo actor sit is cui solvi debeat. In quem merito non datur actio: sed potius ostenso summatim actoris jure, indulgebitur ei spatium ad solvendum cum competenti cautela, ut alibi dicitur, *l. si debitori. 21. de jud.* Porro qui alio titulo quam qui ex hæreditate fluat, possidet, sive singulari sive universali: is Petitione hæreditatis non tenetur, sed Rei vendicatione conveniri debet. *l. hæreditatis. 7. C. eo l. 4. C. in quibus caus. ess. long. temp. præscrip.* Nam petens hæreditatem, nullum jus dominii in judicium deducit, sed jure defuncti utitur, petitque res ab eo possessas, non modo jure dominii, sed quovis etiam alio, *l. & non tantum, 9. h. t. Bart. & Dd. in l. hæreditas 9. C. eo. Ias. in l. non hoc 4. C. unde leg. Bart. in l. ut jurisjurandi. 7. § si liberis de oper. lib. Iacob. in tract. feud. verb. & cum pacto quod ipsi. numer. 7.* Itaque quando par & æquale jus possessionis habeat ille qui alio titulo quam Pro hærede vel possessore possidet, non potest ei ab actore res auferri hac actione: cum ne a defuncto quidem quo potius jus habere hæres nequit, ut in cujus locum se successisse prætendat, sic agenda auferri potuisset. In pari quippe causa, melior est possidentis conditio: *c. in part. de reg. jur. in 6. § retinenda, vers. commodum. Inst. de interd. l. fin. C. de rei vendic.* cui (nisi ex adverso intentata vendicatione probetur dominium) possessio sua auferri nequit, *l. ult. C. de rei vend.* In hac autem actione non probatur dominium, sed tantum res fuisse hæreditarias proponitur, quæ etiam aliena in hæreditate esse potuit: consentaneum igitur est, non satis eam habere virium, ad possessionem tertio possessori, qui ab hæreditate causam non habeat, auferendam, *vide late Ias. in § actionum num. 195. Inst. de actio. Cast. in l. 2. C. eod.*

11. *Materia, quid in*

Porro in hæreditatis petitionem veniunt universæ res hæreditariæ, non etiam feudales, *Ias. in § actionum nu. 210. Instit. de actio. Socin. consil. 59. ad fin. num. 7. vol. 1.* nisi cum tota successio feuda-

petitionem veniat: & explicatio S.C.

feudalis petitur, *Imol in l. si patrini vers. extra. ad S. C. Trebell. Roff de pet. har. num. 11. 12 per doctrinam gloss. & Bart. in l. item. videndum. 18. §. fin. ad verb. sive jure h. t. vide latè Ias. in l. Gallus, §. quidam num. 41. de lib. & posth. melius Bart. in l. jurisjurandi. 7. § si liberi de oper lib. Iac. in tract. feud ad verb. & cum pacto quod ipsi, num. 7.* aut feudum est hæreditarium, *Mynsing. observ cent. 3. observ. 67. per Dd. in c. 1 an agnat. vel fil.*) sive jura, sive corpora, *d. l. item. 18. §. fin. cum ll. seqq. h. t.* sive etiam singulares, *l. licet 10. h. t.* Non enim metitur actor intentionem suam ex eo quod possidetur, sed ex jure ipso quod habet, *l. 1. inf. si pars hared.* Nec tantum petuntur hæreditaria corpora, sed quorum etiam periculum ad hæredem pertinet: ut res depositæ, commodatæ defuncto *l. & non tantum 19 h t.* &c. (ex quo perspicuum fit, quod ante dictum est, nullum dominii jus in hoc judicium deduci) unà cum fructibus precio rerum distractarum, & quæ quacunque ex causa ad hæreditatem accesserunt, *l. item veniunt. 20. cum multis seqq. hoc tit.* aut accedere potuerunt, *d. l. item 20 §. redacta, 13.* Nam fructus & reliquæ accessiones augent hæreditatem, utpote jus universitatis: eoque actionis jure, non officio judicis hic debentur, *d. l. item 20. §. 1. l. sed etsi, 25. §. fin. l. ancillarum, 27. h. t. l. 2. C. eod.* qua de re tota, extat S. C. tempore Adriani Imperatoris factum: cujus partes & verba considerare fuerit, ut opinor, operæ precium. Partes autem præcipuè sunt duæ: quarum in prima, agitur de restitutione hæreditatis, quam bonæ fidei possessor facere debet: in altera de restitutione, quæ a malæ fidei possessore flagitatur. Bonæ autem fidei possessor est, qui justis ex causis existimat ad se hæreditatem pertinere. *l. item 20 §. prætor. 6. h. t.* Causa autem justa, etiam error juris est, *l. sed etsi. 25. §. scire, 4. h t.* quia quælibet causa, etiam frivola, à dolo & mala fide excusat, *l. igitur 11. de lib. caus. gloss fin. in fin. & Dd. in l. nunc. si quis, ubi dicunt non obtemp.* Malæ vero fidei possessor est, qui sciens hæreditatem ad se non pertinere, eam invasit, cum nullam haberet justam possidendi causam, *l. sed etsi 25. §. 1. h. t.* Post petitam autem hæreditatem quilibet possessor incipit malæ esse fidei, *l. item 20. §. petitam, l. si quid, 50. §. 1. hoc tit.* quia de suo jure dubitare incipit: nec opus est litis contestatione, sed sufficit moveri controversiam, *l. sed etsi 25. § si ante. 5. hoc tit* & à quocunque denunciari, *l. item 20. § prætor. 6 & §. petitam 9 h t.* Sed etsi non denuncietur, sciat autem possessor ad alium rem pertinere & peti posse, malæ fidei possessor efficitur, *d l. item, 20. petitam. 9. hoc tit.* Verba porrò S.C. hæc recitantur, *d. l. item 20. § prætor 6. h t.* PRIDIE IDUS MARTIAS, QUINTUS JULIUS BALBUS ET PUBLIUS JUVENTIUS CELSUS, TITUS AUFIDIUS ET OENUS SEVERIANUS COSS. (scilicet duo magistratum gerentes, duo vero designati in futurum annum) VERBA FECERUNT DE HIS QUÆ IMPERATOR CÆSAR, TRAJANI PARTHICI FILIUS (adoptivus scilicet) DIVI NERVÆ NEPOS, HADRIANUS AUGUSTUS IMPERATOR MAXIMUSQUE PRINCEPS PROPOSUIT, QUINTO NONAS MARTIAS, QUÆ PROXIME FUERUNT, LIBELLO COMPLEXUS ESSET QUÆ FIERI PLACEAT. (solent enim boni Principes in novo jure constituendo, rem proponere oratione Senatui deliberandam, unde orationes Principum dictæ, *l. oratione de sponsal. l. 1. de reb. eorum eum sim.*) DE QUA RE ITA CENSUERUNT: CUM ANTEQUAM PARTES CADUCÆ (quæ videlicet deficientibus scriptis hæredibus aut legatariis, jure veteri, ex constitutione Augusti (ut est apud Dionem) ad fiscum devolvebantur: ut is, bellis civilibus jam plane exhaustus, sine cujusque injuria & expilatione subditorum, hac ratione locupletaretur: *l. unic. in prin. C. de caduc. tollend.*) EX BONIS RUSTICI FISCO PETERENTUR, HI QUI SE HEREDES ESSE EXISTIMANT. (atque ita bonæ fidei existunt possessores, *l. item 26. § prætor. 6. l. sed etsi 25 §. scire 4. hoc tit.* De his enim hac in parte agitur) HÆREDITATEM DISTRAXERINT: PLACERE, REDACTÆ EX PRECIO RERUM VENDITARUM PECUNIÆ USURAS NON ESSE EXIGENDAS. (Etsi enim precium & pecunia merito petitur, velut res hæreditaria, quippe redacta ex hæreditate: *l. item 20. §. redacta 13. cum seqq. hoc tit.* in qua, utpote jure universali, precium succedit loco rei: *l. 2 §. ubi gloss & Dd. de hered. vel act. vend. d. l. item 28 hoc tit.* tamen usuras in hoc bonæ fidei judicio exigi ab eo, qui neque in mala fide esset, neque moram ullam in restituendo faceret, *l. mora 32. §. in bonæ fidei inf. de usur.* esset periniquum) IDEMQUE IN SIMILIBUS CAUSIS SERVANDUM (ut in bonis vacantibus, vel aliunde fisco acquisitis: *d. l. item veniunt. 20. § ait Senatus 7. l. 1. de jur. fisc.* item in privatorum, quibus hæreditates obvenerunt, petitionibus: ut quamvis S. C. duntaxat de bonis fisco acquisitis loquatur, tamen eodem quoque jure, privati hæreditatem petentes uti debeant, *d. §. ait Senatus 7.*) ITEM PLACERE A QUIBUS HÆREDITAS PETITA FUISSET, SI ADVERSUS EOS JUDICATUM ESSET, PRÆCIAQUE AD EOS RERUM EX HÆREDITATE VENDITARUM (ante petitionem scilicet institutam: nam ea facta amplius quicquam alienari non potest, *l. 5. h. t.*) PERVENISSENT, ETSI EÆ ANTE PETITAM HÆREDITATEM DEPERISSENT, DEMINUTÆVE FUISSENT, (hoc est, in rerum natura esse desiissent, aut corruptæ vel usucaptæ essent, *l. deperditum 21. h t.*) RESTITUERE DEBERE, quatenus scilicet locupletiores facti sunt, *l. lucrum 23. h. tit.* nam omne lucrum, & quicquid quacunque occasione ex hæreditate obvenit, auferendum est, non etiam aliquid amplius, *l. etsi 25. §. fin l. ancillarum 27 l. post 28. h t.* Iniquum enim esset, bonæ fidei possessores damno affici, & supra quam acceperint exigi: de quibus hac in parte S C agit. Ad malæ verò fidei possessores subsequentia pertinent. ITEM EOS QUI BONA INVASISSENT, CUM SCIRENT AD SE NON PERTINERE, (hoc est, nullam justam possidendi causam haberent: *d l. sed etsi 25 § quod autem 2.*) ETIAMSI ANTE LITEM CONTESTATAM FECERINT, QUO MINUS POSSIDERENT, PERINDE CONDEMNANDOS QUASI POSSIDERENT. In toto enim jure, qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, *l. qui dolo 31. de reg. jur.* & condemnatur, *d. l. sed etsi 25. §. perinde 6 h t l. sin autem, 27. § sed & si de rei vendic.* Dolo sed enim desiit possidere, qui sciens sibi jus in rebus nullum esse, eas tamen alienat atque distrahit. Quare istiusmodi ita tenentur, ut si res extent, quamvis sint distractæ, redimere eas ac præstare debeant: sin recuperari nequeant, tanti damnentur, quantum eius rei item ab actore juratum: sin autem deperditæ vel diminutæ sint, verum earum precium debeant, *d. l. item veniunt 20 § restituere, §. ult.* una cum accessionibus, incrementis, fructibus, non modo perceptis, verum etiam qui percipi potuerunt, *d. l. sed etsi 25. § quod autem, 2. cum §. seq. l. cum hereditas 16. h. t. vide Cast. & Dd. in l. 1 & 2. C. eod.* Nam ad horum quoque præstationem malæ fidei possessores urgeri æquissimum est: EOS AUTEM QUI JUSTAS CAUSAS HABUISSENT, *d. l. item 20. §. prætor vers. eos autem.* QUARE BONA AD SE PERTINERE EXISTIMASSENT, USQUE EO DUNTAXAT, QUO LOCUPLETIORES EX EA RE FACTI ESSENT. PETITAM AUTEM FISCO HÆREDITATEM EX EO TEMPORE EXISTIMANDUM ESSE, QUO PRIMUM SCIERIT QUISQUE EAM A SE PETI. (nota, ex quo tempore in hoc judicio quis intelligat fieri malæ fidei possessor) ID EST, CUM PRIMUM AUT DENUNCIATUM ESSET EI, AUT LITERIS VEL EDICTO EVOCATUS (hoc est, citatus ad experiendum super hæreditatem) ESSET, CENSUERUNT. Et hæc quidem de materia hactenus: *vide de ea plura apud Paul lib. 1. tit. 19. d. l. & non tantum cum seq.*

12. Forma & ratio petendi ac liberandi.

Forma porro Petendi, ex definitione paulo ante tradita colligi potest. Diximus enim, duas esse hujus actionis partes: quarum altera, Se hæredem declarari, aut quod perinde est, hæreditatem esse suam, *l. licet 10. h tit.* altera, Sibi hæreditatem restitui, petitor intendit, *l. ult. in f. C. quo bon.* Usitatè tamen ita libellus concipi solet, ut primo ponatur, defunctum esse eum, cujus hæreditas petitur, *vide Roff. in summa de pet. har. Bald. in l. 3. num. 72 C. de eden. Alex. cons. 70. nu 10 & cons. 132. num. 3. volum. 6.* (viventis enim nulla est, *l. de har. vend.* nullaque adiri, petive potest hæreditas, *l. qui superstit. cum simil. de acquir. har.*) & hujus hæredem esse actorem vel ex testamento, vel ab intestato: *l. & 2. h t.* aut hæredi atem saltem hanc ad actorem pertinere, *Bart. in l. 2. h t.* eoque ab illo esse animo aditam: nisi enim adierit, petere nequit. Quod licet ita sit, tamen reum sine justo aliquo titulo atque causa, res hæreditarias possidere, nec petenti actori restituere velit, Quare petere agentem, ut primo declaretur esse hæres, *l. licet 10 h t. l. 1 § 1. inf. tit. 1. Bart. in l. 1. C. quor. bonor.* aut declaretur hæreditas ad eum pertinere. *Bart. in l. 2. h. t.* deinde officio judicis, ad restituendas res hæreditarias, unà cum fructibus & accessionibus possessor compellatur, *Bart in d. l. 3 & d. l. licet h. t.* Ex quo percipitur, quam ob rem hæc actio dicatur & sit vendicatio, *l. 3. C. eod. l. 1 si pars hared. petat. l. 1. C. in quib. caus. cess. long temp præscr.* Est enim hæc eadem quæ vendicationis alias formula: quoniam actor intendit suam esse rem quam petit, hoc est, hæreditatem, proindeque sibi tanquam Domino a possessore restituendam esse, *d l. licet. 10. h. t.* quæ duo sunt omnium vendicationum capita, *§. 1. ubi Dd. Ias. & alii Instit. de act. l ex diverso ubi Bart. inf. de rei vend. tit l. Pompon. §. 1. de procur.* Quanquam autem speciali vindicatione corporales tantum res, non etiam incorporales, cujusmodi est hæreditas, *Instit de reb. corp. in fin.* repetantur. *l. vindicatio 56. inf. de rei vendicat.* constat tamen reales actiones ac vendicationes hoc nomine præditas esse: *tot. tit. inf. si usufruct. petat. & si ser. vendic.* ut in hoc judi-

judicio: ubi potest etiam peti de non Alienando, Minuendo, &c. cautio: *l.5. l. quod si 16. h.t.* & descriptio bonorum atque fructuum, *Bald. Bart. & Dd. in l. si creditores, de privil. cred. l. qui fundum, § qui sciens, pro empt. l. de bonis. §. ult. l. quaeretur de Carbo. ed. l. ex libero §. ultimo de quaest. Paul lib. 1. tit. 11. l. unic. C. de prob. seq. per l. 1. § penult. de vent. in poss. mitten. Bart. in l. defensiones C. de jur. fisc. lib. 10. Ias. in l. si fidejussor. § si num. 28. qui satisd. cogan.* non etiam facile sequestratio, *Ferrar. de for. jaxamen. in prin. vide gl. in ammib. 41. de judic. Ias. in l. si num, si cert. pet. per l. 1. § si debiterem, quae in fraud. cred. & eundem in § 1. Inst. de actio. Canon. in tit. de pre sequest. vide l. 1. & 2. de coll. bonor.* Item ad probationem sublevandam petitur a possessore, ut aut Inventarium bonorum in hæreditate repertorum, justum atque idoneum exhibeat, aut mediante suo corporali juramento quantitatem eorundem declaret. *l. fi. § licentia ubi gloss. ad verb. sacramento illius C. de jur. delib. l. 2. C. quand. & quibus quarta pars lib. 10.* Et procedit ac sustinetur in hoc judicio universali, incertus etiam ac generalis libellus: *l. 1 § fin. cuf. tit. 1.* quemadmodum & sententia: *Bart. in Rub. sol. matr. num. 21.* ac sufficit, in ipsa executione fieri declarationem. *Schurff. cons. 63. cent. 1. per gloss. & Dd. in l. . de edm. prin. & in l. 2. C. de senten. quae sine cert. quant.* Quocirca neque necesse est exprimi, utrum ex Testamento, an ab Intestato *gloss. & Dd. in l. fin. C. de codicill. Ias. in § actionum, nu. 191. Inst. de act.* & quota ex parte, *l. 1. §. fig. cuf. tit.* is pars hæt. petatur: multo vero minus certa rerum designatio ac specificatio est necessaria, *Ias. in d. § actionum, n. 191.* Conclusione tamen opus est, ut in reliquis libellis, qua petat actor, se hæredem declarari, *Ias. ibid. nu. 214.* Nam cum sit judicium Reale & Petitorium, opus est concludi ad declarationem dominii, vel alterius juris, quod actor se habere intendit, *Ias. ibid. per & in § omnium, eod. tit.* Si tamen non sit petitum, actorem declarari hæredem, vel jus hæreditarium ad eum pertinere, sed duntaxat res hæreditarias tanquam hæredi officio judicis (nam per hoc fit restitutio, *l. licet 10. ubi Bart. h.t. Ias. in § action. num. 214. in fin.*) restitui: eo ipso tacite petitum intelligitur, ut actor declaretur per sententiam hæres, *Bart. in l. & ex adverso, de rei vend. vide Ias. in d. § actionum n. 214. & in §. omnium Instit. de actio.* Ac potest etiam Judex, si id partis adversæ interesse animadverterit, mandare actori, libellum ut suum amplius declaret. *Bart. in l. 2. h.t.* Erant & olim interrogationes in hoc judicio usitatæ, *tot. tit. de inter. act.* ad quas cogebatur reus respondere, utrum pro hærede, an pro possessore possideret, non etiam reliquos suæ possessionis titulos declarare, *l. cog. 11. C. eod. Ias. in d. §. Actio. num. 189. 102.* Quæ etsi hodie quoque ad instantiam actoris fieri possunt, *Ias. praal. loc.* tamen minus frequentantur: propterea quod res sit excipere si alio titulo possideat: quantum verò possideat, id quidem jurejurando committi solet: quo declarare cogitur, quid quantumque ex hæreditate perceperit. Itaque nihil fere hoc in judicio actor probare cogitur, quam se hæredem (hoc enim est fundamentum intentionis, *l. licet 10. h.t.*) & Res esse hæreditarias. *Bar. & Dd. in l. hæreditas, C. eod. Maran. part. jud. 4. dist. 3. nu. 5.* nam utrum reus possideat, an non (id quod in casu inficiationis probandum alioqui esset) per ejus sacramentum, ut dixi solet manifestari. Et si neque Inventarium exhibeat, neque Jusjurandum de bonis possessis præstet, potest adversus eum in litem jurari, perinde atque contra malæ fidei possessorem, vel eum qui mala fide possidere desiit, *l. item 10. §. restituere, 16. l. sed etsi 25. §. hæc verba, 7. h.t.* Sed de tota judicii hujus confirmatione, plura ex interpretum scriptis peti possunt, *unde glo. Bart. in l. 1. & l. licet 10. h.t. Ias. latè, sed remissivè in § actionum, nu. 214. Inst. de act.*

13 *Finis & effectus.*

Finis & effectus hujus actionis, ex libello jam descripto intelligi possunt. Probata enim intentione, sententia & executio libello respondeat, *l. ut fundus, 18. cum seqq. c. licet de firmam.* & actor hæres declaretur, ac officio judicis restitutio decernatur & fiat, *vide Ias. praal. loc.* oportet. Non tamen necesse est, ferri sententiam certam respectu rerum singularium, quæ in executione possunt specificari: sed sufficit certam esse respectu juris universi. *Bart. in Rub. solu. matrim. num. 22. & 23. vide Dd. in l. 2. C. de senten. quae sine cert. quant.*

14 *Affinia.*

Affinia huic actioni remedia sunt ex petitoriis quidem familiæ herciscundæ judicium, *l. sed etsi 25. § hoc S. C. 14. h.t.* & Rei vendicatio, *l. 1. § 1. & 2. si pars hær. pet.* quæ etiam cum petitione in eodem libello cumulari possunt: *vide Ias. in d. § actionum, num. 221. Institu. de act. Bal. in l. 2. C. eod.* item actio Ad exhibendum præparatoria, *l. si à domino, 36. h.t. vide glos. in l. ad exhibend.* porro ex possessoriis interdictum Quorum bonorum, *t.t. ff. & C. quor. bon.* & remedium l. ultim. C. de edict. divi Adrian. tollen. *vide de his Ferr. in for. lib. qua pota. hæred. ex testam. in prin.*

15 *Contraria, & quomodo præscribi hæc actio possit.*

Contraria sunt, Non possidere, *l. ne ullam, 13. §. fin. cum seqq. h.t.* Rem extinctam esse, *l. si à domino. 16 § si prædo. 3. h.t.* Consumptam aut Deperditam, *l. sed etsi 25 § consuluit. & cum seqq. h.t.* Non esse hæreditatem, neque esse potuisse, *l. liber. 8. C. eod. l. si testa 6 h.t.* item Reputatio impensarum & sumptuum hæreditatis nomine factorum: *l. in restituenda 4. cum l. seq. C. eod. l. sed etsi 25 l. si quid 3 h.t.* Allegatio juris proprii in hæreditate quæ petitur, *l. pro non intendum. 8 si pars, hære. pet.* & præcipuè tituli cæteri ac singularis: *l. cogi 11. C. eo.* in quo etiam est usucapio: cùm scilicet res hæreditaria singularibus titulis, puta Pro emptore, Donato, & similibus per triennium aut longum tempus præscribuntur, *unde inst. de usucap. Cast. in l. 2. C. eod. l. 4. C. in quib. caus. long. temp.* Dico Singularibus: nam pro hærede, aut ex causa hæreditaria qui possidet, is petenti hæreditatem præscribere, nisi ex possessione 30. annorum, non potest: *l. hæreditatis, 7. C. eod. l. 4. C. in quibus caus. cess. long. temp. præs.* quia nullam justam possidendi causam habet, respectu ejus qui hæreditatem petit: unde citra titulum, longo tempore res hæreditarias, quæ petitione concluduntur, non usucapit: *l. 4. C. de long. temp. præscr. l. cum notissimi 7. C. de præscr. 30 ann. vide inst. de usuc.* sed tantum 30. annis (quibus omnes actiones, tam personales quam reales terminantur, *l. 3. cum seq. l. 8. C. de præscr. 30 annor. in prin. Inst. de perp. & temp. actio.*) huic actioni præscribitur: *d. l. hæreditatis C. eo. l. licet ubi Bald. & Sal. C. de jur. de lib. vide gl. in eod. art. 28 lib. 1.* exceptis jure Sax. rebus utensilibus & expeditoriis: quæ cum propriè non sint res hæreditariæ, neque petitioni hæreditatis includantur, sed jure Ibæoti singulari obveniant: ideo instar aliarum rerum mobilium hoc jure per annum usucapiuntur, *Fach. assf 11 per art. 28 & 29 lib. 1.* Idemque usus plerorumque locorum extendit ad res hæreditarias mobiles, seu hæreditatem cui mobilia tantum insunt: quod tex. diserte de hæreditate (Erb) loquatur, nec in alia verificari, aut locum habere possit. Quod mihi durum, & præter rationem videtur: justaque emendatione, ut alia multa hujus juris plane barbara, potius habet opus.

OBSERVATA.

Hæreditas accipitur (a) pro relictis defuncti universalibus. Singularibus.

N. II. *Hæreditas nomen juris est*) Vox *hæreditatis* in jure sumitur potissimum quadrupliciter. Primo *objectivè* pro illo quod *relictum à defuncto*, Et tunc denotat universitatem bonorum, totum illud universale & confusum, *l. 178. §. 1. de V.S. l. 119. eod. l. 50. h.t. l. 16. §. 4. eod.* augmentum recipiens & decrementum, *l. 119. de V.S.* & intellectum in jure habens, licet æs alienum saltem contineat, Erbschafft/ Verlassenschafft/ nachlaß. Hinc secundò effectivè dicitur *successio in universum jus defuncti*, h. e. actus quo succeditur quod hîc universum est & defuncti, *l. 24. de V.S. l. 62. de R. I. arg. l. 3. pr. de bon. poss.* Tertiò res significat hæreditarias, *t. t. de expil. hæredit.* quomodo & pecunia dicitur hæreditas, Ciceroni, Erbgüter/ angeerbete Güter. Differunt tamen hæc JCtis ab ipsa hæreditate, *pr. I. de reb. corp. & incorp.* secus ac Seneca censuit. Hæc juris est & universitas, multa & jura res continens, illæ corpora sunt, quæ exinde etiam usucapi possunt &

Res & hæc differunt contra Senecam.

furto auferri, secus ac hæreditas, *l. 35. de a. r. d. r. d. l. 35. de usur. junct. l. 1. de furt.* hæc incertæ, illæ certæ; hæc quandoq; damnosa, illæ per se semper utiles. Vid. Fr. de Amaya 3. *obs. jur. 2. n. 5.* Grot. *fl. sp. ad l. nihil. ibi. nequid recte* JCtorum subtilitatem irridet Seneca de V.S. Quartò hæreditas accipitur pro ipso *jure* (facultate) *hæreditario relicta defuncti quæsito* s. competente. Quomodo hæreditas dominium dicitur, *l. 1. de bon. poss. l. 37. de acq. hæred. l. 23. de pec q. poss.* & hæres petens universitatem bonorum, petere suum, *l. 10. §. 1. h.t.* meum autem, tuum, suum, dominium vel aliud jus in re denotant. Et hoc sensu per hæreditatem dicitur acquiri dominium *in § f. I. per quas per s. cuiq.* Hic *ultimo significatu pro jure* inprimis sumitur, & aliâs dicitur *jus hæreditatis*, vel *jus hæreditarium l. 5. § 5. de his qui effud. vel deiec. l. 8. C. ad exhib. l. 6. pr. de relig. & sumt. fun. l. 6. pr. de vulg. & pup. subst. l. 49. mand. l. 5. C. de reb. al. non al. l. ult. §. 1. prosu. l. 91. ad L. Falc.* nec non jus, mortui successione quæsitum,

(a) pro jure hæreditario quæsito.

Synonyma.

Dissentit ab his malè Bach.

quæsitum, *l.37. de acq. hær. & l. pro hær.* Erbrecht/Erbgerechtigkeit. Sine omni itaque ratione contra Wesenb. & Theophilum hîc statuit Bach. *in not.* figmentum esse Dd. inquiens, *imò chimæram quandam in aere volitantem, jus quod constituatur post mortem defuncti eumque repræsentet.* Neque enim hæreditas, ut putat, solùm denotat universitatem bonorum quam defunctus reliquit, per *dd. ll. junct. l.61. de R.I. & l.24. de V.S.* Et si actio realis est hæred. petitio, ut ipsemet b. n. admittit, sequitur omnino eam ex ejusmodi jure esse quod hæres adeundo acquirit, & unde dicitur defunctum repræsentare, *arg. l.31. §.1. de hæred. inst. §.4. l. eod.* Perinde ut aliàs servitus, pignus, possessio & dominium suis modis acquiritur, & ut acquisita sunt, jura in re dicuntur, actionesque reales pariunt. Porrò *definitiones* Hæreditatis hîc tres adferuntur. Per pecuniam finitur generalissima acceptione, ceu per rem quamvis quæ esse potest in nostro patrimonio, *l.178. de V.S.* prout hæreditas significat illud quod à defuncto relictum; quomodo hîc non accipitur. *Theophili definitio* non placet; tum quia in patrimonio nostro dicuntur saltem in quibus jus in re vel ad rem habemus, *arg. l.49. de V.S.* (hæreditas vero longè latior est, *arg. l.19.* ubi Bart. *h.t.*) tum quia formâ caret. Neque enim proprium est hæreditatis universalem dominum facere, cum hæres neque adeundo neque agendo petitione hæred. hoc intendat; sed tantùm hoc ut consequatur *jus hæredis & pro eo declaretur.* vid. Wesenb. *infr. n.8.* Definitio Juliani, quam rectè explicat Sucholt. *diss.7. aph.2.* quod sit universum jus defuncti in quod succeditur, denotat objecta hæreditatis, quodque à defuncto relictum, de quo initio diximus.

Examinantur tres definit. hæreditatis Wesenb. 1. 2. 3.

Datur alia hujus loci

Hoc tit. præcipuè significat *jus hæredi aditione quæsitum*: quomodo finiri potest *jus universale, quo hæreditatem ad nos pertinere s. nostram esse dicimus.* Hæres enim suam esse intendit, inque jure circa rem se fundat, *l.10. §.1. h.* licet tantùm æs alienum contineat, *l.50. eod.*

Quotuplex in universum hodie sit hæreditas.

N. III. *Petitur aut ex jure civili*) Hodie triplicem hæreditatem, *testamentariam, legitimam & conventionalem* in tota Europa receptam esse, constans plerorumque sententia est, qua de vide sis Differt. de jur. ter. *concl.86.* Verùm quia nec sic omnes hæreditatum species exhauriuntur; commodius dicemus, aliam esse *Ordinariam,* aliam *Extraordinariam. Illa est quæ jure civili aut prætorio ordinariè defertur, Lege vel ultima voluntate, vel ex utraque. Lege, per successionem ab intestato. Voluntate ult. per testamentum, fideicommissum. Ex utraque per bon. possessionem jure præt.* Hæc *est quæ ἀνωμάλως fit pactis successorius, partim jur. civili, maximè verò moribus hodiernis, de quibus latissimè d. differt. concl.67. & seqq. n. ult.* Civilis & Prætoria huc maximè pertinent.

Actio hæc ut civilis dicatur.

N. V. *Dico esse civilem*) *Civilis* dicitur actio hîc *propriè,* quæ t. *l.12. tabb.* & SCtis introducta, *arg. l.7. pr. de I. & I. junct. l.1. h.t. Quamvis autem Prætor suo edicto eam proponat, tamen exinde Prætoria non est, cum & ad accidat rei vindicationi, l.75. de R.V. atque aliis in universum actionibus.* Atque hac ratione quin provide suam sententiam confirmet Noster ex *d. l.75.* (contra Bach. *in not.*) nullus dubito; cum idem planè statuat *infra ad tit. de R.V. n.3.* Nec mutat *l.73. §.1. & l.74. eod. t.* ad quas respondemus infra *d. n.3.* Si enim rei vindicatio, licet edicto prætoris proposita, est civilis, ergo & hæred. petitio, quamvis à Prætore proposita, talis erit *infr. ad d. tit. de R.V. n.3.* Universalis eadem est quidem, sed *Universitatis gradus* sunt, unde & petit. hæred. dotis & peculii *gradibus* differunt universitatum. Hæreditas enim Universitas est *corporum & jurium diversorum, in re & ad rem, earum etiam quæ defunctus saltem detinuit, l.1. de R.V. junct. l.19. h.t.* Hinc appositè Dn. Frantzk. *comm. de inoff. test. n.2. hæred. petitionem, ait, per excell. dici universalem, hæreditatem enim universum quid esse, cujus applicatio nihil certi animo subjiciat, sed collectim & simul sumptas res diversissimas à defuncto relictas designet: quomodo universale Philosophis non tantùm dicatur quod plures res & individua vel species continet, sed & aliquid confusum, quod q. per aversionem non species certas sed multas & incertas significat.* Non ita universale est judicium dotis, *arg. l.1. §.4. de dot. præleg.* Quin & actio de peculio sec. quid universalis est, quat. peculium dicitur universitas, *all. l.8. §.10. h.t.* Judicium verò jurisdictionis, quod est actio confessoria, huc omnino non pertinet, cum jurisdictio non sit nisi de causis civilibus, per *obs. tit. de Jurisd.*

Ut universalis.

Non est universalis ex obj. tantùm sed & ex causa.

Cumque judicetur) Notanda hoc quum. sunt hæc I. putat A. *universalem esse hanc actionem ratione objecti.* Verùm ubi grex petitur, universalis actio non est, *arg. l.1. §.3. de R.V.* nec si universitas donata, *arg. l.35. §.4. C. de donat.* Ideoque *& ex objecto & ex causa, s. jure petendi universali æstimanda est petitio hæreditatis,* ut ipse Wesenb. mox agnoscit, & patet *ex l.10. §.1. h. l.1. si pars hær. pet.* II. Verùm quidem, realem esse hanc actionem, sed causa adjecta falsa est. Actio enim ad exhibendum & aliæ contra possessorem dantur, *l.3. §. f. ad exhib.* nec tamen sunt reales, *vid. infr. ad tit. ad exhib. n.2. & observ. ibid.* Quippe *dari adversus possessorem, non est proprium actionis realis in quarto modo; quia & aliis communicari potest, sed descendere ex jure in re ipsis est proprium, Giphan. in l.25. de O. & A.* Est itaque hæreditatis petitio realis actio, *& quod contra possessorem detur: & præcipuè quod ex jure in re oriatur;* dicit enim hæres hæreditatem ab altero relictam, suam esse, *l.10. §.1. h.t. junct. l.25. de O. & A.* quamvis tantùm nomina contineat, *l.50. h.t.* III. Revera mixta est hæc actio; neque realis primariò & per accidens personalis, sed mixta propriè & ex se suique natura: licet in hypothesi semper non sit præstationibus locus. (1) *per l.7. C. h.t. §.20. I. de act.* ubi disertè mixta dicitur: (2) *quia partim ex jure in re est, partim ex jure ad rem, & objectum habet quippiam universum confusum, compositum, relicta defuncti, in quibus universitas jurium & rerum. jur. s. in re & ad rem, (quorum causâ alioquin & reales & personales actiones competunt) res universales & singulares, propria & non propria, l.19. h. certa & incerta:* (3) *propter præstationes personales, l.25. §.18. h.t. quæ ex q. contractu negotiorum gestionis oriri videntur. Falsus enim hæres per hanc actionem cum præstare, h. e. solvere cogitur pretia rerum distractarum, aut æs alienum à debitoribus exactum, l.20. §.2. cum seqq. h.t. contra & verus hæres impensas quandoque refundit. l.37. 38. & 39. eod.* (ubi autem est q. contractus & præstatio personalis, ibi etiam est actio personalis, *l.3. l.25. de O. & A.* neque ex accidenti, sed ex se & suâ naturâ. Utrumq; ergo & jus in re & ad rem hic actor primitio statim intendit: & hæc actio sua natura apta est ad utrumque. Si enim hoc non esset, non obligaretur reus ad solvendum, & quod obligetur, causa est præstationis, unde hæres jus ad rem habet; (4) *quia est h. s. nam hanc qualitatem non esse nisi personalium, constat ex arg. §.28. I. de act.* Atque pro hâc sententia faciunt Bald. *in d. l.7. C. h.* Jas. *rubr. C. de inoffic. testam. n.3.* Dyn. *§.1. n.5. de act.* Tim. Fabr. *diss. anniv. 27. th.2.* Anton. Merend. 6. *controv. jur. 47. n.6.* Dissentit post Donell. Achilles Personalis *de hær. pet. n.633. inf.* putans esse merè realem: aliter novissimè D. Perez. *C. h. n.1.* dicens mixtam per accidens.

Nec realis est quod contra possessores detur, sed quia & ex jure in re.

Mixta est ex se & sua natura.

Rationes IV. pugnantes.

N. VIII. *Jus hæreditarium*) Rectissimè Wesb. & pauci alii, quos memoravimus *d. diss. concl.14. n.2.*

Causa effic. petit. hæred.

non est dominii, sed jus hæreditarii.

& seqq. asserunt, causam hujus actionis non esse dominium (in specie tale) ut plerique sentiunt, *sed jus quoddam in re proprium, quod dicitur hæreditatis.* Et fundamentum hujus elegans est, (1) in *sæpè d. l.* 10. §. 1. *h. t.* ubi hæres intendens hanc actionem, fundat se in jure hæreditario, dicens hæreditatem suam esse; suum verò denotat jus in re, *l.* 239. §. *f. de R. I. l.* 70. 71. 72. 73. *de leg.* 3. *l.* 27. §. 2. & 4. *de lib. leg.* & ut hæreditas sua, *l.* 17. *pr. ad Sen. Treb.* (2) quod specie invicem differant hæreditatis petitio & rei vindicatio; *t. t. de R. V. t. t. de hæred. pet.* §. 1. *junct.* §. 10. *I. de act.* & hæres non petat rem singularem, sed universalem, *l.* 1. *pr.* §. 1. & *seqq. de R. V.* (3) quia dominium à jure hæreditatis specie & definitione distat. Non solùm enim non fundat se hæres in dominio, nec adversarius contra id excipit. *d. l.* 10. §. 1. *h.* sed & dominium est rerum singularium, *l.* 1. *de R. V. l.* 80. *de leg.* 2. hæreditas universitatis, diversorum corporum & jurium, *l.* 29. *de V. S. d. l.* 37. *de acq. hæred.* Illius forma rei proprietas, hujus jus defuncti, *d. l.* 29. in illo res propriæ & corporales sunt, in hoc etiam incorporales, & quæ defuncti non fuere. Imò hæreditas sine rebus scil. bonis esse potest, *l.* 50. *h.* at dominium nequaquam. Quibus consequenter pronunciari solet, daß N. zu der Erbschafft der nähest: it. vor einen Erben sich anzugeben / und bestätigung seines Erbrechts zu suchen befugt: daß N. seine verlassenschafft auff M. verfället oder vererbet: daß er zu den Erbgütern zu verstatten: für Erben zu erklären / &c. Atque hujus etiam sententiæ esse videtur Anton. Metend. *d. l.* ubi per dominium hæreditatis, quod ait actionis hujus esse fundamentum, & operari actionem in rem, intelligit jus hæreditatis, Bus. 1. *subtil.* 7. *n.* 17. Franc. de Amaya 3. *obs.* 47. *n.* 6. Mod. Pistor. 1. *cons.* 25. *n.* 28. & *cons.* 31. *n.* 18. Neque verò his officit quod jus ergò hæreditatis non definiendum videatur per jus in re, sed per genus remotius, *jus scil. rerum s. circa rem,* cum sit ex in re & ad rem mixtum, *sæpèque dominium in specie, pignora & quæcunque jura alia ex obligatione provenientia sui natura comprehendat, arg. l.* 19. *h. t.* Licet enim hoc asserere absurdum non sit, sed rectè jus hæreditatis dicatur jus circa rem s. jus mixtum, præstat tamen cum legibus loqui, quæ saltim de actione prædicare solent *Tò mixtum* esse, scil. ubi & *res* quæ in eam veniunt & *præstationes personales* in judicio persequendæ, §. 20. *I. de act.* Quod de fam. erc. jud. fin. reg. commun. divid. tralatitium est, & hæred. petitione, ex *l.* 7. *C. h.* quarumque causa jus circa rem s. mixtum, nec tamen ullibi sic indigitatur. Et hypotheca rem ipsam afficit, cujus causa tamen conventio scil. pactum legitimum est, non jus in re, *l.* 1. *de pign. act.* Quin ex jure scil. lege sunt hæ appellationes, à quo itaque, ni prægnans ratio moveat, non est divertendum. Atque ex hinc etiam est facilè respondere Matthiæ Steph. *de offic. jud. l.* 6. *c.* 2. *n.* 35. statuenti, *sicut in rei singularis vindicatione, ita & in hæred. pet. actorem duo probare debere, dominium & possessorem; & dominium quidem, dum probet se hæredem esse; quod hæres dominum significet,* §. *f. de hæred. qual. & diff. & qui dicit se hæredem esse, dicat se dominum esse universi juris quod defunctus habuit, l.* 60. *de R. I.* Quis enim non videt, sic confundi dominii significationes, quod in materia rei vindicationis non est nisi rei singularis? *l.* 1. *pr.* & §. 1. & 3. *de R. V.* (ipsomet Stephani haud diffitente) non verò universi juris, *l.* 56. *eod.* De possessione dicemus infrà *n.* 10. Cæterùm quàm solidè Botnio hac de re dubia moventi, ante paucos annos responsum sit, videre est in illis, quæ Dissertationi nostræ de jure rerum annexæ sunt novissimè Vindiciis *Jenensibus, Lipsiensibus & Helmstadiensibus.*

Dominium & hæreditas differunt.

Jus hæreditatis non dicendum est jus mixtum.

Respondetur Matth. Stephani.

N. IX. *Non etiam possessio*) Per aditionem hæreditatis dominium quidem *earum rerum quarum dominus fuit defunctus, ut & reliqua ejus jura* acquiruntur, ita ut dicatur hæres ea statim à morte defuncti acquisivisse, *sec.* §. *f. I. de hæred. qual. & diff.* Nimirùm *translatitiâ Jurisdictione,* quâ jura defuncti retrò à morte ejus ab hærede acquisita censentur (licet reverà à tempore aditionis acquisita sint) tempora enim continuantur, *l.* 138. *de R. I. l.* 54. *de acq. hæred.* cujus hic effectus, ne ullo tempore hæreditas jacuisse intelligatur, *d. l.* 38. add. notata *infr. ad t. de hær. instit. n. h. ad verba: & etiam vivente patre. Diss. de jur. in re edit. noviss. concl.* 6. *n.* 11. 28. 29. 36. Attamen *possessio per aditionem non transit;* ratio differentiæ est, quod *dominium & cætera sint juris, possessio verò facti, maximè quoad acquisitionem.* Hinc & *in extraneo, & in suo hærede* præter aditionem possessionis apprehensio requiritur, *l.* 23. *de acq. poss. l.* 1. §. 15. *si is qui test. lib. esse.* Confer. Mynf. 3. *obs.* 38. Gail. 2. *obs.* 129. Atque ita pronunciatum in collegio juridico Helmst. *ad requisitionem Caspari* Zeisen *Hallensis, anno* 1604. *d.* 24. *Junn.* Endlich thut nach der Rechtslehrer besserer und bewehrter meinung die possessio so des defuncti gewesen / auff den hæredem, auch suum, nicht kommen / sondern wird darzu eine apprehensio der Güter erfordert. V. R. W. Nec officit quod contrarium asserat Carpzov. *p.* 3. *dec.* 234. q. per consuetudinem generalem aliud inductum fuerit. Isthæc enim consuetudo, licet fortè in Gallia aliisque locis obtineat, apud nos nunquam invaluit, minimè gentium verò in illustri Ducatu Wolferbytano unquàm probari potest: vid. Dissertatio Dn. Generi hoc nomine contra Carpzovium habita, *de Transitione possessionis in hæredes* anno 1655. d. 27. Sept. In Acad. JULIA. Cæterùm prædicta etiam in feudis obtinet. *arg.* 2. *F.* 7. §. 1. Finckelth. *disp. feud.* 9. *th.* 24. Quomodo respondit modò laudata Fac. Hildesiùm A. ad D. G. m. oct. 1647. Hæreditatis autem necdum ab alio occupatæ possessionem vacantem propriâ autoritate posse apprehendi, indubium est, *l. cum hæredes de acq. poss. v.* Thom. Merckelbach. *apud Klock. cons.* 7. *n.* 43. Porrò competit hæc actio non nisi *hæreditate, aditâ*: Ideoque cessat 1. quandò non adita 2. adita quidem, sed acquisita insuper ejus possessio. Primo casu propterea, *quia non adita hæreditas est jacens & res nullius,* unde tum ejus nec hæres, nec jus hæreditarium, consequenter nec hæreditat. petitio. Dicitur autem jacens hæreditas, in causa testati præcipuè à die mortis defuncti, usque ad tempus quo aperiuntur tabulæ testamenti, *arg. l.* 1. *quemadm. test. aper.* In causa intestati, quamdiu hæres nescivit jus succedendi ad se devolutum, *l. f.* §. 1. *vers. similique modo. junct.* §. 11. *C. de jur. delib.* Diss. Fr. de Amaya 3. *obs.* 2. *n.* 16. putans dari hanc act. etiam de hæred. jacente vel nondum delata; Ad quod respondimus *ad Struboltz diss.* 7. *aph.* 2. *addit.* 1. Altero casu rationem putat Autor, quod acquisita jam semel, quoad jus & possessionem hæreditas desierit talis esse, & factum sit hæredis patrimonium, sec. Gail. 2. *obs.* 148. Fr. de Barr. *de succ. test. & int. lib.* 11. *t.* 15. *n.* 6. Verùm si hæres semel acquisitam possessionem iterùm amittat, & alter se pro hærede vel pro possessore gerat, certè durum est, acquisitam possessionem tantùm hæredi nocuisse, ut propterea difficilem dominii probationem subire, & rei vindicatione rem amissam repetere debeat. Exindè æquior videtur distinctio Bachov. *ad Tr. de R. V. th.* 4. *A. in fin.* Amissa nimirùm hæreditas ab alio possidetur vel pro hærede, aut pro possessore, vel titulo singulari: illo casu hæreditatis petitio adhuc competit, *arg. l.* 9. *de except. rei judic.* secundò verò rei vindi-

Quomodo dominium in hæred. per aditionem transferatur.

Secus ac possessio.

Et in suo hærede.

Etiam in feudis.

Hæred. vacans.

Non datur hæc actio hæreditate non adita.

Nec adita semel & poss. acquisita.

Æquior distinguitur.

Locum ubi agendum de hæred. duplex, domicilii & rei sitæ.

vindicatio. Cæterùm locus ubi instituenda hæred. petitio, vel est locus domicilii defuncti, vel ubi hæreditas sita. De illo nullum est dubium; quod modus sortiendi forum sit communis. De hoc id probatur (1) per *l. un. C. de hæred.* (2) quod quæcunque actio in rem possit proponi in loco rei sitæ, *l. f. C. ubi in rem.* multò magis ergò mixta, in qua quod realis sit, est præstantiùs. Non officit quod sec. Donell. hæreditas non possit dici sita: *quia in intellectu existit, non minùs quàm illud, quod corpore destituitur, ut servitutes atque alia jura.* Neque etiam in contrarium facit quod opponit *h.* Bach. *in d. l. un. C. ubi de hæred.* proponi locum domicilii & rei sitæ, sed ita si reus possessor hæreditatis, ibi degat; *nemo autem possit esse in pluribus locis.* Quippe jam constat ex obs. *ad fin. t. de judic.* de foro rei sitæ, quod in eo non requiratur ut domicilium is ibi habeat, ubi quis ob rem sitam convenitur, *l. f. C. ubi in rem.* Ergò nec hîc. Et ideo Gl. *d. l. ult.* rectè interpretatur, *maximè* si ibi degat, neque enim necesse hoc est, ut ibi degat, cum hoc rei sitæ sit accidens.

Datur hær. petit. contra possidentem pro hærede vel pro possessore. Qui hic pro hær. possideat.

N. X. *Adversus eum*) Datur hæc actio adversus eum, qui pro *hærede*, vel *pro possessore* possidet. Pro hærede possidere aliquando est ex titulo aliquo idoneo ad usucapiendum, rem habere, ut sumitur in materia dominii & usucapionis, & proficit ad rem usucapiendam, *i. e. pro hæred.* Hic significat *falsum titulum, vel erroneum*, & pro hærede est *falsus hæres*, ut aliàs pro tutor qui falsus tutor est. Pro hærede itaque possidere dicitur (1) qui *titulum hæredis prætendit*, & putat se hæredem esse, cum tamen non sit, vel (2) per *mendacium dicit se esse hæredem*, cum sciat se talem non esse, *l. 11. pr. h. t.* Hæredum autem nomine venit b. poss. & fideicommissarius, *d. l. 11. in fin.* Pro *possessore* possidet hic (1) qui *nullum titulum* prætendere potest, aut prætendit nullum, *d. l. 11. §. 1. l. 12. & l. 13. pr. eod.* (2) qui *juris interpretatione pro possessore* possidere intelligitur, ut qui *dolo desiit* possidere, *l. 13. §. 14. h. t. l. 87. §. 3. de R. V.* aut liti se obtulit; hic enim quasi possidens tenetur *d. l. 13. §. 13. h. t.* (3) qui debitor hæreditarius; quia est q. juris possessor, *d. l. 13. §. f. h. t.* Dicitur autem hic possidere *planè impropriissimè* jus debiti, sec. Gl. in *l. 9 h. t.* Et rectè ait Wesenb. hunc *pro possessore haberi*, quat. sc. debitor hæreditarius non conveniri possit hæred. petitione, nisi petenti controversiam hæreditatis moveat, pro hærede se gerendo, *arg. l. 42. h. t.* Contra

Qui pro possessore.

Quomodo talis etiam debitor hæreditatis.

Non datur contra titulo possidentem.

regulariter non datur hæc actio contra possidentem *titulo singulari*, e.g. pro empto, pro donato, *l. 25. §. 1. h. l. 4. C. in quib. caus. cess. long. temp. præscr.* & quia *reus in excipiendo debet actori contradicere: contraria autem non sunt esse dominum & esse hæredem: sed si reus dicat se pro hærede vel pro possessore possidere*, vel utrumque se dominum esse; tum verò quia *si reus titulum parem vel æqualem alleget, res ipsi non auferenda, sed eius in possidentis potior ratio est.* Utitur itaque hæres tum speciali in rem vindicatione, *d. l. 4. l. 7. C. h. t. l. 2. C. eod.* cui eò facilius formandæ reus conventus possessionis suæ titulum edere tenetur, nisi succumbere velit, *l. 11. C. d. t.* Conf. *l. 13. §. 4. 5. 8. 9. & §. 1. h.* Dn. Frantzk. *comm. n. 13. & seqq.* Cæterum licet hæres hæreditatis bona omnia possideat, & succedat in omnia defuncti jura non tantùm activè, sed etiam passivè, *§. non autem de perpet. & temp. act.* Dn. Mev. *p. 2. decis. 147. n. 1.* tamen si hæres est pro parte, actione personali in solidum conveniri, propterea quod

Neque contra possidentem in solidum semper.

bona possideat, non potest, Id. Dn. Mevius *p. 1. decis. 115.* add. Thom. Merckelbach. *ap. Klock. 2. cons. 83. n. 44. & seqq.* Ita etiam hæreditatis possessor, pro hærede non habendus est (quamvis regulariter pro tali censendus sit, *l. 20. l. 88. de acq. hæred.* & tanquam hæres condemnandus, A. Fab. *l. 6. C. t. 12. def. 1.*) si vel hæres esse non potest, vel etsi possit, tamen declaratum est hæreditatem esse jacentem, nempe dato curatore, vid. Fab. *l. 7. C. t. 19. def. 17.* Dn. Mev. *p. 1. dec. 166.*

Quat. sc. locupletiores facti) Qui m. b. f. hic possessor, rectè exponit Wes. Inter eos id interest, quod *ille quacunque possidet teneatur restituere, quæque in suos usus convertit aut quacunque ratione percipere potuit aut possidere desiit*, *l. 20. §. 6. l. 25. §. 2. l. 35. §. 5. h.* Ita respondimus in nostra Fac. Jurid. Hæredibus Hartmannianis Halberstadium, an. 1646. d. 3. Octob. verb. So hat die verstorbene / so wohl vermög gemeiner beschriebenen Käyserl. als der Sächs. Rechte / ihre gäntzliche Verlassenschafft auff ihres Vatters Schwester Kinder als näheste Blutsfreunde / nach Hauptzahlen vererbet / und seind deren Vatters Schwester Tochterkind / und Vatters Schwester Sohnskind nicht allein dazu nicht zuverstatten / sondern auch das jenige welches sie auß der Erbschafft an sich gezogen / cum fructibus perceptis & percipiendis, den rechten Erben zu restituiren, oder den billigen wehrt dafür zu erstatten schüldig. V. R. W. Hic *restituit res possessas tempore rei judicatæ; & si cubi non extent, quat. ex iis factus est locupletior*, *d. l. 20. §. 6. v. eos. l. 25. §. 11. l. 36. §. 4. eod.* Nec officit, *§. 35. I. de rer. div.* quasi petitor ob fructus consumtos non possit agere, & possessor eos habeat cum causa, sc. ex bona fide, *l. 4. §. 2. fin. regund.* Nam distinguendum, inter b. f. p. qui *titulo universali* possidet, & illum qui *titulo singulari*: ille etiam fructus consumtos illos restituit, ex quibus factus locupletior, *arg. l. 25. §. 11. h. l. 1. C. eod.* hic tantùm extantes. *d. §. 35.* Ratio differentiæ est, quod in judicio hæred. petit. possessor etiam teneatur ex q. contractu; ideoque actione etiam personali conveniatur, ratione consumtorum, ne, contra principia justitiæ, fiat plus usurpator: at rei vindicatio, cum non mixta sit sed purè realis, pro re corporali extante saltem competit, non pro fructibus consumtis, *l. 1. & t. t. de rei vind.* Conf. Besold. *delib. hoct. n. 32.* Cæterum prædicta obtinent in b. f. possessore quoad gesta ante litem contestatam, post hunc enim par ferè ejus cum m. f. possessore conditio est, *d. l. 5. §. 6. § f. l. 25. §. 2. l. 35. § 8. f. l. 23. §. 3.*

Possessores b. vel m. f. quid hic restituant.

N. XII. *Defunctum esse eum*) Quod probare petitor debet: Unde si putet hominem vivere, quamvis defunctus sit, non rectè agit, propter læsam quam habet conscientiam, *l. 32. de acq. hæred. l. 3. & 4. C. de postl. rev.* Probatur autem mors non solùm per testes qui sepulturam viderunt, sed & qui asserunt famam certis autoribus natam, *arg. l. 5. C. solut. matr.* aliasve conjecturas probabiles: etiam per *testimonium Ducis militiæ, licet injuratum*, vid. Dn. Carpz. *decis. illustr. Saxon. 24.* Attamen concedi possunt diu absentis bona *proximo cognato futuro alioqui hæredi, ut curatori bonorum*: ita ut is præstet cautionem sub hypotheca omnium bonorum *possessori & magistratui*, se bona absentis recipere ad custodiam vel curam. *Et tum redeunti restituere tenetur, atque ad reddendas rationes ipsi est obstrictus; Si verò absens non redeat, bona illa retinere potest. Et hoc ex principiis cautionalibus ortum, insigne est remedium hodie, ubi in bello Germanico diu aliqui abfuere, & revera quidem fuerunt mortui, sed mors probari nequivit.* fundatum in *d. l. 3. C. de postlim. rev.* quodque sæpissimè memini usurpatum. Conf. modò D. Christoph. Phil. Richter. *p. 1. dec. 65.* Dn. Mev. *p. 2. dec. 13. 14. & 61.* Dn. Brunnem. *in d. l. 3.* ubi & alios citavit.

Datur hæc actio non nisi de hæred. defuncti.

Cautela cognati pro bonis cognati absentis conservandis.

Deni-

Fructus hic veniunt jure actionis.

Deinde officio judicis) Verùm non solùm restitutio rerum hæreditariarum, sed & fructuum & accessioonum venit, jure & ex natura hujus actionis mixtæ, *l.25.§.18.h.t.* non verò officio judicis, quod hic nullum nisi institutæ actioni deserviens, ideoq; mercenarium, *arg.l.25.§.8. de adil. edict.* Matth. Steph. *de offic. jud. f.d. c.7.n.35.in f.*

Necesse quandoq; exprimere causam testati vel intestati.

Utrum ex testamento) Attamen possessore negante jus petitoris, fieri non potest, quin hic necessario causam petendi specialem, testamentum scil. aut legem in judicio deducere teneantur; multò magis hoc opus erit in puncto probationis. Ideoque consultius putat Treutl. *vol. aur. ad tit. pr. Vult. c.21.* ut statim exprimatur, si petitor sit hæres ab intestato, vermög ungezweiffelter disposition rechtens; vel si ex testamento sit talis, vermög eines beständigen von ermeltem verstorbenen auffgerichteten letzten willens/ dessen original cum copia Kläger hiebey ubergeben hat: Conf. Bach. *not. b. & ad Treutl. 7. A.*

TITULUS IV.

Si Pars hæreditatis petatur.

1. *Continuatio.*

Est cum non tota hæreditas, sed aliqua ejus pars petitur, nec enim omnes ex asse, sed alii ex aliis partibus instituuntur, aut existunt ab intestato hæredes.

2. *Idem juris in parte, quod in toto.*

Qua quidem in petitione, idem juris observatur in parte quoad partem, quod est in toto quoad totum, *l. quæ de tota 36. de rei vend.*

3. *Actorem suo jure inniti actionem.*

Sciendum autem est, eum qui totam hæreditatem vel partem ejus petit, jus non ex eo metiri quod possessor occupavit sed ex suo jure: & ideò sive ex asse hæres sit, totam hæreditatem vendicaturum, licet reus unam tantum rem possideat: sive ex parte, partem, etsi possessor totam hæreditatem obtineat, *l.1.§.1.hoc t.*

4. *Principaliter petitione in id agi, ut actor hæres declaretur.*

Ex quo intelligi licet, non principaliter hac actione in hoc agi Ut bona restituantur: alioqui non liceret amplius a quoquam petere, quàm possideret, & restituere posset: verum ad illud, ut actor hæres declaretur, eique ut hæredi & domino bona per consequentiam & accessionis vice restituantur.

OBSERVATA.

Et hæc actio est universalis.

N. III. *Sed ex suo jure*) Ideoque & hæc est universalis actio (1) ratione petentis, qui prætendit jus hæreditarium *l.1. §.1.h.* (2) ratione objecti seu rei quæ petitur. Quamvis enim videatur res esse particularis, quâ absolutè consideratur: tamen est pars totius, & ejusdem cum toto qualitatis, *arg.l.21. de leg.1.* Quo pertinet Responsum Fac. nostræ in Sachen Schlüters contra Müllers Wittwen zu B. de a.1646. d.22.Apr. verb. Ist Kläger den beweißthumb/ daß nemlich sein Haußfraw ihre völlige quotam von Vätterlichen Gütern nicht bekommen habe/ uber sich zu nehmen nicht schüldig: sondern wil beklagtinnen obliegen/ ein inventarium oder ayдliche specification aller Müllerischen Güter zu ediren, und Klägern an stat seiner abgelebten Haußfrawen ihren völligen erblichen antheil/ factâ dotis collatione zu restituiren und absolgen zu lassen. Et gemina est sententia anno 1621. d. 8. Julii pronunciata in Dicasterio nostro Wolferbytano, in Sachen Zahen contra Riemerdes: daß Kläger nebst den beklagten ihres Großvatters Johan Riemerdes rechte und wahre Erben: und daher beklagte ihnen ihren antheil an Großvätterlichen Verlassenschafft cum fructibus perceptis; jedoch gegen mit abtragung der Schulden und Beschwärungen/ vermittels eines richtigen Inventarii, oder in mangelung des/ einer aydtlichen designation, herauß zugeben und folgen zu lassen schuldig seyn. Addi modò meretur quoque D. Klock. *3.consil.114.n.1.& seqq.*

TITULUS V.

De Possessoria hæreditatis petitione.

1. *Continuatio.*

Ordinarium fuit post civiles actiones hæredibus propositas, rationem habere Prætorem etiam eorum, quos ipse velut hæredes facit: hoc est, quibus bonorum possessio data est, *l.1. hoc tit.*

2. *Qualis sit hæc actio.*

Bonorum possessio nihil aliud est, quam *jus* (hoc est facultas) persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quæ cujusque cum moreretur, fuit, à Prætore inductum & concessum, *l.3.§. bonorum 2. de bonor. possess.*

3. *Cui adversus quem, ad quid detur.*

Bonorum igitur possessoribus, quos Prætor non minus tuetur quam jus civile hæredes, *vide Inst. de bon. poss.* datur Possessoria hæreditatis petitio: per quam tantundem consequuntur, quantum superioribus civilibus actionibus hæres consequi potest, *l. 2. hoc tit.* Itaque quæ in iis valere & usurpari diximus, in hac quoque locum habebunt, ut eadem rursus repetere, nihil sit necesse.

OBSERVATA.

Hæreditas & b. possessio ut differant.

N. II. *Quam jus*) Propriè differunt hæreditas & bonorum possessio, *pr. vers. quos autem I. de bon. poss.* Generaliter tamen hæreditas bonorum possessionem continet, *l.138. de V. S.* & in effectu idem est jus bonorum possessoris & jus hæredis *l.2.h.t.* Possessio autem hîc significat jus habendi, *l.3. §. 1. de bon. poss.* & bonorum possessio dicitur jus persequendi, non quod sit jussum agendi, sed *jus propter quod* persequimur & retinemus, ceu hæreditas est jus propter quod dicimus hæreditatem nostram esse, *l. 10. §. de hæred. pet.*

TITU-

TITULUS VI.

De Fideicommissaria hæreditatis petitione.

1. Continuatio.

EX ordine occurrit actio, quæ proponitur his, quibus restituta est hæreditas. Nam quisquis suscepit restitutam hæreditatem, quoniam ex S. C. hæredis loco est, § *restituta Instit. de fideicomm. hær.* & in eum actiones transeunt, *l. 1. h. t. l. 1. § 1. ad S. C. Trebell.* quæ hæredi & in hæredem competunt, ideo Fideicommissaria hæreditatis petitione uti potest: *d. l. 1.* quam eadem recipere quæ sunt in hæreditatis petitione civili, dubium non est, *l. 2. h. t.* Nec interest, verbi causa, Mihi quis rogatus fuerit restituere, an Cui hæres extiti. *vide sup. de hæred. petit. num. 4.* Sed etsi bonorum possessor sim ejus, cui fideicommissaria hæreditas relicta est, vel alius successor, hac actione experiri potero. Ex quo patet, eam Prætoriam esse, non Civilem, alioqui possessori non daretur, id quod & Paulus *l. 2. h. t.* innuere videtur, cùm eam à civili actione distinguat: quod olim obtinuit, quo tempore tam fideicommissario, quam in eum, à Prætore utiles actiones dabantur: *§. restituta. Inst. de fideicomm. hæred.*

2. Cui adversus quem & ad quod actio detur.

Hodie porrò quando Justiniani lege dentur, *§. sed quia stipul. Instit. eod. tit.* civiles potius sunt appellandæ. Sciendum tamen est, hanc actionem adversus eum qui restituit hæreditatem non competere, *l. 2. h. t.* frustra namque petitur ab eo hæreditas, qui restituit, confessusque ipsa restitutione est, fideicommissarium esse hæredem: nihil ut opus sit hac actione id iterum declarari, sed si quid non integrè restitutum sit, potest ex testamento actione personali aut reali idem peti.

OBSERVATA.

Cui detur hæc actio.

N. I. *Quibus restituta est hæreditas*) *Datur hæc actio ei, cui restituta est hæreditas ex fideicommisso.* Restitutio hæc fit dupliciter 1. *reverâ & naturaliter*, quando hæres directus realiter res transfert in fideicommissarium, etiam tacitè ubi permittit ipsum tenere & possidere, *l. 1. h. t.* 2. civiliter, verbo tantùm aut per epistolam nunciumve, si tertius possideat, *l. 63. l. 37. ad Senat. Trebell.* Illo casu *licet factus effectu sit hæres acquisitâ possessione*, fideicommissarius; *atque dominium nactus* fuerit reique vindicationem: æquum tamen est ipsi adhuc fideic. hanc hæred. petitionem, si fortè cadat possessione, competere, ut suprà diximus de civili *hæred. petitione*. Add. Oldend. *5. class. 7. illo tit. n. 8.* Hoc casu *sine omni dubio ei locus est, ad possessionem quæ restitutione hæreditatis factâ non transit, adipiscendam.*

Contra quem.

Datur tamen & ei qui per substitutionem successit fideicommissario *l. 3. h.* Contra eum competit, *qui pro hærede aut pro possessore possidet*, *arg. l. 2. h. t.* Sed quæritur, an & adversus eum, qui rogatus, hæreditatem restituere? *Equidem affirmat* Simon de Præt. *de interp. ult. vol. fol.* 530. *n. 65.* Verùm textus clarus *l. 3. §. 2. h.* in contrarium est. Conf. M. Ant. Peregrin. *de fideic. art. 25. n. 10. 21. & seqq.* Vinc. Fusar. *de fideic. substit. q. 604. & 611. n. 8 & 9.*

Non contra rogatum restituere.

Ante enim restitutionem fideic. jus agendi nullum, post restitutionem nihil est, in quo restituens conveniri possit, verba sunt Dn. Frantzk. *comm. h. n. 2.* Quin fidei commissarius contra hæredem præcipuè habet actionem ex testamento & officium judicis, *l. 14. §. 4. l. 71. ad Senat. Treb. §. sed quia, de fideic. hæred. junct. N. 1. c. 1. §. 4.* Fusar. *d. tr. q. 600.* Juxta quæ prônunciatum memini in Collegio nostro *ann. 1644. d. 3. Julii Goslariam, verb.* Solte aber die Großmutter in antretung solcher hæreditäl säumig seyn/ ist sie auff ewer anruffen von der Obrigkeit per decretum zu admoniren, daß sie deß testatoris letzten willen adeundo hæreditatem, erfüllen wolle; und wann sie drauff innerhalb jahrs frist demselben noch nicht nachkommen wird/ seyd ihr alsdann als fideicommissarius universalis, zu Alexandri Fr. verlassenschafft/gegen leistung annehmlicher caution exequendæ voluntatis defuncti, pro hærede zu verstatten/die Großmutter aber davon außzuschliessen/ꝛc. V. R. W.

Non est hæc actio prætoria contra Wesenb.

Cæterùm minùs rectè A. vult actionem hujus tituli esse Prætoriam, ceu contendit quoque Oldend. *class. 5. art. 7. pr. n. 1.* & Gl. *ad l. 2. h. t.* (1) quod detur b. possessori (2) quod à civili actione distinguatur, *per l. 2. h. t.* Nam Resp. ad 1. dari originariè & ratione introductionis fidei commissario, sed b. possessori per interpretationem & extensionem. Ad (2) in *l. 2. h. t.* fieri oppositionem duarum partium juris civilis ad invicem, non verò juris civilis & prætorii. Subjecta enim ibi duo sunt, fideic. hæred. petitio, & hæreditatis petitio illa, quæ ex l. 12. tab. descendit, *l. 1. de hæred. petit.* & simpliciter de iis dicitur hæreditatis petitio. Utraque civilis est: hæc ex l. 12. tabb. illa ex SCto, *l. 1. ibi: ex Senatusconsulto h. t.* Quæcunque enim actio descendit ex lege, plebiscito, SCto aut constit. principum, illa est juris civilis, *l. 7. de I. & I.* At utraque exinde est. E.

DIGESTORUM LIB. VI.

TITULUS I. C. 3. 32.

De Rei vendicatione.

1. Continuatio.

RECTÈ atque ordine, post actiones quæ de universitate propositæ sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis: quæ aut pertinet ad res corporales, tam mobiles quam soli, tam animatas quam inanimatas, *l. 1. in princ. hoc tit.* & tum appellatur Rei vendicatio: aut ad res incorporales, puta servitutes: qua in parte Confessoriæ Negatoriæque actionis nomen sortitur.

2. Unde dicta sit vendicatio.

Rei vendicatio à vendicando hoc est, liberando & asserendo de manu ac jure possessoris, *Cic. pro mur. & lib. 1. de Orat. Liv. dec. lib. 3.* dicitur, nam id in hac actione agi palam est. Rei enim vendicatio est actio realis, specialis, *l. hæreditatis 7. C. de pet. hær. l. 3. C. de præsc. 30. annor.* qua quis petit se dominum rei contro-

controversiæ declarari, *l. & ex diverso. 35. §. 1. hoc t. l. sicut. 8 §. sed si quæratur. inf. si ser. vend* & eam officio judicis a possessore sibi restitui, *§ 1. Instit. de actio. l. qui restituere 68. hoc t.*

3. *Causa efficiens, & cui detur.*

Causa efficiens hujus actionis est Jus civile, & Lex XII. Tab. à qua est introducta, *Gell. lib. 20. c. 10.* licet eam prætor, penes quem dandæ actionis erat potestas, se daturum polliceatur: *l. prætor. 75. hoc tit.* Qui porro eam in judicio proponit atque agitat, est is qui vel jure gentium vel civili dominium acquisivit. *l. in rem actio. 23. in princ. h. tit. vide Ias. in l. naturaliter §. nihil commune, num. 25 de acq. poss.* etiam revocabiliter: *l. non idem 66. h. t.* nulli enim aliquam dominium competere, aut nullum esse potest. *l. si C. eod.*

4. *Adversus quem.*

Adversus eum autem proponitur, qui nullo quidem jure nobis obligatus est, sed rem quam nostram intendimus, possidet. *l. officium. 9. l. in qua destinavit 24. h. t. l. unic C. de alien. jud. mut. caus. fact.* aut dolo possidere desiit, *l. sin autem 27 §. 2. h. t.* sive ante, sive post litem contestatam possidere aut detinere desierit: ut verior est Bartoli opinio: *Bart. & Dd. in l. 2. §. l. quia §. fin. de alien. jud. mut. per l. sin autem § sed & si 7. hoc tit. Cujac.* [illegible] *in 2. opp. de alien. jud. mut. caus. Ias. & Zas. in §. 1. Instit. de actio.*

5. *Materia, & quæ res vendicari possint.*

Materia de qua hæc actio proponitur, sunt omnes res corporales, *§. 1. in verb. corporalem quoad ad hoc not. gl. Fach. in §. 16. Ias. num. 109. Inst. de act.* quæ dominio alicujus contineri possuntque possunt, *l. 1. §. 1. hoc t.* tam mobiles quam soli: *d. l. 1.* nec modò singulæ res per hanc actionem vendicantur, sed etiam quandoque universitas: ut grex, armentum, equitium, *d. l. 1. § fin. cum ll. seqq. &c.* quæ tamen universitas juris non fit, ut hæreditas, sed specierum corporalium. Nam jura incorporalia peti non possunt rei vendicatione: primum, quoniam olim necesse erat exhiberi in judicio, ac quasi manu teneri atque [illegible] rem, quod vendicaretur, *tot. tit. ad exhibend.* ut Cic. pro Murena, Livius, & alii multis locis ostendunt, id quod in rebus incorporalibus obtineri nequit, quæ sub aspectum sensumque non cadunt. Secundò, quia vendicatio tantum contra eum datur, qui possidet aut detinet, *l. unic. C. de alien. jud. mut.* ut supra dictum est: atqui incorporalia propriè neque tenentur, neque possidentur, *l. sequitur 4. 6 si via. de usucap. l. 3. in prin. ubi gl. de acqu. poss. l. servus, 43 ¶ incorpor. de acqu. rerum dom.* eoque nec vendicationi revera patere possunt, *Fab. in §. 1. nu. 26. Inst. de act.* Actionibus tamen realibus effectu vendicantur, *inf. si ser. vend & usufr. peta.* atque *Inst. de act.* unde triplex vendicatio perhibetur, Proprietatis, Servitutis, & Pignoris, *l. 3 ¶ est autem §. Pomp. ad exh. Cujac. observ. lib. 5. cap. 29.*

6. *Forma instituendæ vendicationis.*

Forma vendicandi olim multiplex fuit, & solennis, *Cic. pro Muren. Gell. lib. 20. cap. 12. Hopp. lib. 3. ad Pand.* quæ cum reliquis formulis & impetrationibus antiquata est, *tot. tit. C. de for. sub.* hodie ita agitur, ut actor in libello proponat se esse dominum, vel quasi (nam Publicianam adjici rei vendicationi propter difficultatem probandi dominii, *vide Dd. in l. 4. & l. cum res, 21 C. de prob.* ulitatum est, *c. abbate sanè circa fin. de re jud. in 6.*) & aut causam sui juris exprimat, aut omne jus suum, nulla causæ specialis dominii mentione facta, in judicium deducat, prout illi commodum erit: (utrumlibet enim licet, *d. l. abbate. l. & an eadem, 14. l. si mater 11. § eandem, de except. rei jud.* etsi aliter in personalibus observetur, *Dd. in l. 2. sup. de edend. & in l. 2. C. ut nom. prov.*) & quia dominus sit, sicuti & declarari cupit, ab adversario qui possidet, rem suam petat sibi restitui. *d. l. qui restituere. d. l. unic. vide Ferr. in prac. in for. lib. ac rea. decla.* Potest etiam postulari cautio, de re quæ vendicatur conservanda: quam si præstare possessor tergiversetur, in agentem transfertur possessio. *l. 1. C. ut in poss. de. Paul. lib. 1. sent. ubi Cujac.*

7. *Quid in rem vendi[c]a[ti]o[ne].*

Restituendi verbo totam rem cum sua causa, id est, utilitate, quæ are causatur & provenit, *l. Iulian. 17 l. grat. 20. l. si paucis, 22. hoc t. l. 3. § 5. si usufr. peta.* complectimur, *d. l. præterea. l. in condemnatione, 157 § cum verbum de reg. jur.* Ideoque si dolo culpave possessoris res perierit, vel deterior post litem contestatam facta sit, vel si fructus percepti, aut aliud emolumentum è re natum sit, ratio horum omnium officio judicis in restituendo habebitur. *d. l. fructus, 13 d. l. præter. l. non solum, 33 h. t.* Debet officio judicis horum rationem haberi, quia judici, statim atque de causa cognoscere incipit, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in judicio versentur: *l. ædiles, 23. § item sciendum. 4. de ædil. edict.* ea vero quæ ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta: *d. § item* quamobrem fructus, non quidem pendentes (nam hi pars fundi sunt. *l. fructus 44 hoc t.* eoque petitioni fundi insunt) sed percepti ante litem contestatam nominatim erunt petendi: *l. partum 10 de usur. Felin. in c. inter num. 2 de fid. instru. Bald. in l. ampliorem, in prin. C. de appell. vide quæ dixi. in §. Si quis a non domino Instit. de rer. divis.* qui quidem a bonæ fidei Possessore præstantur quatenus extant: *l. certum, 22. C. de rei vend. d. l. fructus, 45 de usur. l. bona fidei 48. § in contrarium, 1 de acq. rer. domin. d. l. fructus, 13. l. si navem, 62 h. t. l. bona, 136. de reg. jur. vide Instit. de rer. divis. d. § si quis à non domino* nam consumtos propter bonam fidem lucrari eum æquius est *§ et si hæreditas, Instit. de off. jud. d. l. certum.* a malæ autem fidei possessore omnes indistinctè, non modo qui percepti consumptique sunt, sed etiam qui percipi potuerunt. *l. mala fid. 3. C. de cond. ex leg. l. si fundum, 17. C. de rei vend. d. l. fructus, 33 §. si quis à non domino, Inst. de rer. divis.* Qua de re variè ex complexu personarum & rerum, bonus judex constituet: *l. in fundo 39. hoc t.* atque adeo impensas a bonæ fidei emptore factas, deducet, *d. l. in fundo.* jure nostro, quamvis moribus Saxonum aliud videatur inductum. *Rauchbar. diff. 32 part. ut per art. 46. Land. lib. 2.* Illud etiam ad formandam rectè hanc actionem omnino opus est, ut res quæ vendicatur, finibus, nomine, qualitate, forma, aliisque accidentibus ita exprimatur & designetur, ut qua de re sit lis & quæstio, certo constare possit, *l. si in rem 6 hoc t. vide Spec. late declarantem, tit. de ob. concep. §. juxta, num. 17 cum seq. Ias. in §. 1 Instit. de act. Ferr. in for. lib. act. real.*

8. *Finis hujus actionis.*

Finis hujus actionis est, ut vero domino res sua restituatur: & quisque suum teneat: qui nervus est publicæ tranquillitatis.

9. *Effectus.*

Effectus est, ut impleta approbataque actoris intentione, *l. fin. C. eod.* reus condemnetur ad faciendam restitutionem quæ quidem eo qui supra propositus est modo, & quidem statim erit facienda) nam vero domino res sua quam ocissime est restituenda) nisi ex probabili causa dilationem judex indulgeat: *¶. 1. Instit. de off. jud.* quamvis in personalibus quatuor mensium spacium indistinctè condemnato detur, *l. 2. & 3. C. de usur. rei jud.* Quòd si quis non pareat restituere jussus, manu militari ex officio res erit ei auferenda, *l. qui restituere. 68. hoc t.* Est enim judicis, sententiam suam imperio exequi, *l. à divo Pio. 15. de re jud. tot. tit. Ne vis fiat ei, &c.*

10. *Contraria.*

Contraria, & exceptiones rei vendicationi variæ objici possunt: *vide Fer. in for. opp. rei,* sed præcipuæ sunt; Exceptio dominii, si reus contra se dominum esse intendat. *§. 2. Inst. de act. l. circa de probat. ubi gl.* item Præscriptionis, quæ bifariam proponitur. Uno modo, cum reus se rem ac ita simul actionem, *l. hæreditatis 7. in fin. C. de pet. hæred. l. 4. in fin. C. In quib. caus. cess. long. temp. præscript. § ultra ubi Cujac. Nov. 119.* sicut in confessoria, *l. pen. C. de servit. l. corruptionem 16. C. de usufruct.* præscripsisse dicit: quo casu sufficit decennii vel vicennii præscriptio: *l. hæreditatis. 7. C. de pet. hær. tot. tit. C. de long. tempor. præscr. ita accipe l. 3. Cod. de præscript. 30 anno. quæ dum vult actiones reales durare 39. annis, non negat præscriptam rem celeriter præscribi. l. 4. C. in quibus caus. cess. long. temp. præscript. d. l. hæreditatis 7. C. de pet. hæred. quam distinctione probat. § ultra. Nov. 119. d. corruptionem, ubi Bald. ejus rei rationes affert. C. de usufruct.* altero, cum non allegat usucapionem rei, sive quia non potest, ut si mala fide, aut sine titulo possedit: attamen dicit, actionem præscriptam esse, quo casu non sufficit longum tempus, sed 30. annorum possessio erit objicienda, *l. sicut 3. Cod. de præscript. 30. annor.* Est & illa utilis exceptio, Si reus se possidere neget, *l. qui petitorio, 36. hoc titul. l. si à te 9 de except. rei judica.*

OBSERVATA.

Actiones real. ex dominio Quomodo hic sumatur dominium.

N. I. *Rei vindicatio*) *Post petitiones hæreditatis sequuntur judicia in rem, orta* ex Dominio, Rei vindicationes. *Dominium* quot modis sumatur JCtis, dicemus *ad t. de acq. r. d.* Hic sufficit notasse, quod, quâ *jus in re est* est (nam aliquando jus circa rem in genere denotat, *ut l. 22. 23. C. de proc.*) 1. latè significet *jus ejusmodi quodcunque in re, arg. l. 19. §. 3. de castr. pec. l. 3. si usufr. pet. & similibus.* 2. speciem juris in re illam, quæ singulariter venit nomine dominii, & reliquis ejusdem generis opponitur, *l. 13. §. 1. de damn. inf. l. 2. §. 1. si servit. vind. l. 13. §. 1. C. de judic.* (quidam enim in re aliquid jus habent, *l. 19. pr. de damn. inf.* quidam sunt domini corporis, seu habent jus in re totum. Illi dicuntur creditor, fructuarius, superficiarius, *in l. 19.* hi vocantur domini corporis *in d. l. 13. §. 1.* & absolutè domini, *d. l. 1.* lisq; ipsi tamen non minus jus in re habent; quia & Dominium in corpus (substantiam rei) comparatum, in re jus est, *l. 15 §. 33 de damn. inf. l. 1. 2. 3. C. de jur. domin. impetr. l. 3. de præscr. 30. vel 40 ann. l. 11. C. de act. empt. l. 6. C. de pact. int. empt. & vend. comp.* Adeoque *in l. 13. §. 1 de damn. inf.* jus in re aliquid, specialiter sic dictum, non verò jus in re ut est genus, dominio contra distinguitur. Jus namque in re est vox generis & speciei, ut adoptio, cognatio. Quomodo domini[um] defini-

definitur jus in re(facultas,quo res corporalis propria est, vid. Differt. nostra) de jure rei.*concl.*35.36. & 37. Vindicatio latissimè accipitur *pro jure persequendi*, seu actione, ut personali; & ex delicto, ut *l.* 2. §. *f.* 5. *de judic.* N. 162.c.1.l.11.*& sub f.* Rei vindicatio in genere est *juris in re assertio*. Et sic vindicatio denotat actionem in rem scil.realem ut condictio personalem, §.15.*l.de Act.l.*25.*de obl.* & *A.* Eodemque sensu extenditur hæc significatio ad hæreditatis petitionem, & hypothecariam, *l.*25.§.18. *de hered.petit.l. un.* §. *pen. de remiss.l.fin. de pignorat. action. l.*16.§. *creditor, de pignor. l.*7. *C. de O. & A.* Quin sic demum verum est, quod nonnullis dicitur, vindicatio alia universitatis, quæ peculiari nomine vocatur hæreditatis petitio; alia rerum singularium; hæcque vel corporalium, ut rei Vindicatio specialis, vel incorporalium, ut actio confessoria. Quomodò senut Wel. *supr. num.* 2.*de inoffic. test.* & *num.*5. *h. t.* & ad mentem nostram exponit Sutholt.*diff.*17.*aph.*36.*& seqq.*inquiens, *actionem in rem competere vel pro universitate rerum, vel pro rebus singulis; illam esse hereditatis petitionem, hanc, quæ de rebus corporalibus, rei vindicationem in specie sic dictam, quæ verò de incorporalibus, confessoriam & negatoriam*, *arg. l.* 1. *pr. h. t.* Secundò specialiter rei vindicatio est dominii seu proprietatis adsertio, *per* §. 1.*l. de Act.*&*l.*1.§.1.*h. t. l.*73.*eod.* Quam propriam esse significationem & historia juris testatur, (Vid. Gel. 20.*noct. Att.*9.Gothofr.*h. rubr. lit. A.*) & illud quod hic non agatur de rei vindicatione, voce generis, sed ut actione in rem, specie à cæteris distinctâ. Atque hinc non placet Bachov. *ινινε. h. ad num.* 2. dicens, *Vindicare esse quid sibi adserere*; hoc enim actioni in rem omni,non illi modò, quæ ex dominio commune est, *arg.l.*10.§.1.*de hæredit.petit.* §.1.*&* 2.*&* 7. *l.de act.* Et si jura realia, forma invicem differentia, aliis atque aliis in rem actionibus petuntur, ut constat certissimis juris principiis, *d.*§.1.2.3.4.5.6.*&* 7.*& seqq.l.de action.* ejusmodi etiam actiones neutiquam sunt confundendæ.

N. II. *Officio Judicis*) Si merum seu nobile, ut videtur, intelligi, falsum est, quia restitutio hic fit jure & vi actionis institutæ f. præcedentis rei vindicationis, *arg. l.*57 *ha.junct.l.*25.§.8. *de Ædilit. Ed.* Et LL. oppositæ non de alio quàm mercenario judicis officio sunt intelligendæ. Neque hic agitur ad mulctam ratione contumaciæ pœnali judicio de quo est, *l. un. si quis jus. dic.*

N. III. *Licet eam prætor*) Rectè. *Neque enim ex inde Prætoria est*, ut quidam opinantur, *per cit. l.* 75. *h.tit.* Quia originem suam accepit à *L. XII. tabb.* & *introductam ita in albo suo Prætor inter reliquas proposuit; omnibus enim præsuit & petentibus eas dedit, vel pro rovata denegavit*, jus civile adjuvando, *l.*7.§.5.*de l.* & *f.* exemplu *l.* 1.*commod.l.*1.*depos.* & *sim.* Quâ ratione itaque,secundùm Bachov. *h.* ineptè adducat Autor *d. l.* 78.*h.t.* equidem non video; *Nam & illa actio realis, quæ superficiario datur,utilis est* & *ex l.* 12.*tabb. per interpretationem; quamvis Prætor eam suo edicto inde proposuerit*,*arg.l.*1.§.3.*de superf.l.*74.*h.t. Conf. not. ad tit.*5. *supr. de hered.petit.*

Dominium acquisivit) Causa enim hujus actionis efficiens propinqua est Dominium in specie sic dictum, Eigenthumb/Eigenthumliche Gerechtigkeit / *arg. l.*23. *h.t.* Quæ *princeps & excellentior juris more species* est. Licet namque jus hæreditatis valde amplum sæpè existat, cætera in rem sicubi penes defunctum fuerunt, omnia complectens, dominium tamen reliqua illa jura virtualiter comprehendit. Quicunque enim rerum suarum dominus est, lege aliàve ex causa alienare non prohibitus, is alterum, si velit, ejusdem rei vel dominum facere potest, §. 41. & *seqq. de rer divis. l.* 20.*de acq. rer. Dom.* vel hæredem, *l.* 1. *C. de SS. eod.* vel ejus possessionem alteri concedere, *d.* §. 41. *junct. l.* 18 *de acq. possess.* aut servitutem 2. *F.* 3. §. *res autem v. quod ergo si pretio* vel pignus *aut* hypothecam *l.* 2. *l.* 6. *Si alien. res pign. l.*18. *de pign.* Quin cum in rei substantiam comparatum sit Dominium, effectu quoque antecellit aliqua jura in rem, in accidentia rei tantùm comparata, *arg.l.*13.§.1. *de damn. infect.* Per dominium enim res est in arbitrio possidentis. Quod insinuat Aristot. 1. *Rhet.* 5. dicens *securæ esse, quæ eo in loco & eo modo possidentur; ut in possidentis usum eorum,cum propria sunt, atque terminum proprietatis, cum ex habentis arbitrio pendet alienatio.* Explicatiùs id ita proponimus. Duas cernere licet q. partes hujus juris, afficiente rem in qua jus fundatum est, *Proprietatem in specie sic dictam*, & pot *stitem intendi fruendi*, *arg.* §.44.*& seq.de rer. divis.l.*30.*de acq. rer.dom. l.*25. *de V. S.* Et has partes quis vel junctas habet; vel alteram tantùm sibi retinet, alteram alii concedit; vel perpetuò & simpliciter cum potestate alienandi; vel ad certum tempus & sub conditione alienatione prohibitâ, prout commodum visum fuerit. In thesi enim verum est, vel etiam de pleno Dominio, quod Arist. *d.l.*habet, terminum proprietatis esse, cum ex habentis arbitrio pendet alienatio. Quidam enim domini sunt utiles, vulgò dicti, aliive, quibus lege, testamento vel conventione interdicta est alienatio. Vide *sis Animad.nostr*, 4.*ad Sutholt. diff.* 4. *aph.* 3.*post dissertat. de jure rer.* Et ex his principiis promanant diversæ dominii divisiones, quæ & variant actionem inde descendentem, rei vindicationem. Hinc enim dominium (1) aliud verum, aliud Fictum. Illud, quod jure Gent. vel civili verè acquisitum. §. 11. *& seqq. de rer. divisione.*; Hoc,quod reverâ non est,sed acquisitum vel non amissum fingitur, *arg.* §.3.*de act.l.* 48.*de acq.rer.dom.l.*136.*de R. I.* 2) aliud integrum seu *Plenum*, aliud *minus plenum*. Illud *cum quis & rei proprietatem habet & omne ejus emolumentum*. Hoc,*cum alterum horum tantùm*; Ideoque hoc iterum vel *directum*, daß Ober: oder Mehrer: Grund Eigenthumb/ unde dominus directus vel proprietarius der Eigenthumbherr simpliciter, vel etiam der Erbherr. Joh. Jacob. Speidel *in not. ad thes. pr. Besold. lit. F. num.* 49. vel *utile*. das Unter: oder Nieder: item Nutzbar eigenthumb/ vel der Erbliche Nutzbarkeit. Illud est, quando quis saltem rei proprietatem habet: hoc quando plenissimum usumfructum. Conf.d. differt. n. *conclus.* 41.*& seqq.* Besold.*th.pr.lit. A.n.*30. ubi rectè probat vocem Eigenthumb/ etiam dici de eo jure, quando rei emolumentum habemus. Add. Bened. Bon. *de censib.art.* 36. Ex accidenti denique dominium aliud est *Revocabile*,aliud *Irrevocabile*, & illius exemplum est, si quis dominium ad certum tempus, auff ein Wiederkauff / vel sub certis conditionibus acquisivit, *arg.l.*16. *h.t.* Item dominium quod habet b. f. possessor respectu alterius non domini, *arg. l.* 48. *de A. R. d.l.*24. § *ult.abr.*: *quandiu non evictus fundus fuerit, de usur.* nec non quod in re dotali maritus habet constante matrimonio, *arg. l.* 30. *C. de Iur. dot.* Ex hinc itaque variatur etiam Rei vindicatio, & alia *Directa* est,alia *Utilis*. Illa, *quæ ex vero, pleno, vel tantùm directo dominio descendit*,*arg.l.*43.*de R. V. l.*25. *de V. S.* Hæc dicitur Sutholto *d. differt. aph.*43.quæ illis conceditur qui non veri domini,sed tantùm utile dominium habent. Verùm cum & aliis accommodetur, rectiùs appellatur, quæ ex mente legis descendit, & vel jure ordinatio illis, qui utile dominium habent, vel ratione singulari aliis & speciali jure competit, *Unde vel per se patet, istam divisionem esse non generis in species, sed*

vocabuli

Marginal notes:

Quomodo vindicatio. Quomodo rei vindicatio f. pro actione reali.

2. pro rei, vindicat. in specie sic dicta.

Restitutio rei hic fit jure actionis.

Civilis est non Prætoria, licet Edicto sit proposita.

Causa efficiens dominium in specie sic dictum.

Hujus præstantia.

Dux. q. partes sunt, quibus jus in re constituitur, proprietas in specie & jus utendi fruendi, Hæ aliquando junctæ, aliquando separatæ, & acquisitæ vel fictæ.

Unde dominium verum & fictum.

Hocque directum & utile.

Dominium revocabile & irrevocabile.

Hinc Rei vindic. Directa.

Et utilis.

sed vocabuli æquivoci in sua æquivocata. Priori ratione datur (1) Emphyteutæ, *l.1.§.fin ff.si ag. Vectig.pet.* (2) Vasallo, *2.F.8.vers.res autem.* (3) superficiario, *l.73.§.1. l.74.l.75.h.t.* Et ex adverso directa competit (1) domino rei emphyteut. *l.1.§.1.si ag.vectig.l.1.l.2. C.de jur.emphyteut.* (2) domino feudi, *2.F.8.§.2.* & *2.F.47.* (3) domino soli superficiarii, *arg.l.1.§.4.de superfic.* Posteriori ratione (1) Cessionario, ex propria persona (*ceu directa ex persona cedentis, cessis reverà actionibus*) sed *neutiquam ita, ut quoque utile, ceu nonnulli opinantur, habeat dominium*; & quia utilis hæc actio est dativa, non nativa; & quia jus cessum ro personæ cedentis remanet, *l. fin. C. de hæredit. vendit.* Vid. d. dissert. n. *conclus.39. num.11.* (2) pupillo & minori pro re pecuniâ ipsorum à tutore, vel curatore proprio nomine empta, *l.2.quand.ex fact.Tut.* Eademque ratione (3) Ecclesiæ, pro re ab administratore pecuniâ Ecclesiæ comparata, *l.23.C.de SS.Eccles.* (4) Militi, ratione rei quam alius militis pecuniâ sibi comparavit. *l. 8. C. h.* (5) uxori, pro re quam emit maritus pro pecunia, quam uxori donaverat, *l.55.in f. de donat.inter vir.& uxor. l. unic. §. 5. C. de rei uxor. actionib.* (6) civitati pro re à Syndico empta ex pecunia civitatis, *arg. l. 3. C. de jure Reip.* (7) domino tabulæ pictæ contra ejus possessorem, *§.33. I. de A.R.D.* (8) domino *adversus eum, qui dolo possidere desiit* ante litem contestatam, *l.69 ff.de R.V.l.27.§.3.eod.* Conf. Oldend. *class. 3.art.2.num.4.* Bachov. *ad Tr. disp.15.th.6.* D. Hillig. *20.Comm.2.lit.G.vers.5.lit C.* & Johan. Gryphiandr. *Oecon.legal.lib.1.c.7.* ubi *n.* 98. sex contractus numerat, per quos utile dominium in accipientem transeat, nempe contractum feudi, superficiarii, emphyteuseos, locationis ad locum tempus, libellarii, & precariæ. Et addit quod posteriores quatuor, ferè in unam speciem coincidant. Quæ verò equidem non leve examen merentur.

1. Ex domino util. vel dir.
2. Ex æquitate Hujus exempla.

N. IV. *Nullo jure obligatus est*) Addit hîc Bach. *sc. neque ex contractu, nec ex delicto, est tamen, inquiens obligatio ad restituendum: ex quo Dd. definitionem actionis & verba:* quod sibi debetur, *etiam actione in rem competere defendunt.* Nimirum juxta principia jur. gent. & civilia, ut debitum, ita & obligatio, quæ inde est, sumitur dupliciter, (1) pro eo, ubi astringitur alterius persona ad aliquid præstandum, *l.3.de O. & A. ex obligatione,* sive illa immediatè sit ex jure, sive mediatè per factum hominis, *l 1.§.5. & seqq. & l.10. de Ob.& act.* Ita opponuntur debitum & nostrum, *l.27.§.2.l. 34.de auro & arg.leg.d. l.3.de Obl.& Act.* (2) Impropriè pro omni eo, ad quod quis tenetur, *§.5 I.de action.arg. l.21.108.de V.S.* Hoc sensu demum datur R.V. contra illum qui obligatus est ad restituendum. Quod etiam asseri potest juxta principia justitiæ universalis, haud absurdè.

Quom. rei vind. sit adversus eum qui nullo jure obligatur, eum tamē sit obligatio ad restituendū. Obligatio sumpta propriè Impropriè. Datur R. V. contra possessorem.

Possidet) *Possessionis* vocabulum hic non modò generaliter sumitur, pro ea quâ quis *detinet,* & quidem verè *juxt.l.9.h.* sive *civiliter,* sive *naturaliter* possideat, *l.5.§.fin.qui ad exhib.* sed & pro ea, quæ juris interpretatione pro possessione est, i. quæ *fictione juris* (translativâ) pro possessione habetur, sc. ubi quis *dolo possidere* desiit *l.27.§.3.h.tit. l.1.§.2. de R.I.* vel quis *liti se obtulit.l.25.& seqq.eod.* Quo nomine actio utilis competit. Confer. *obs.tit.de alienat.judic.mutand.caus.fact. num.* 6.

Quid hic possidere.

N. V. *Nam jura incorporalia*) Sententiam hanc Autoris veram statuit Bachov. *h.* sed rationes ejus non multum facere. Verùm (1) etsi dicat Bach. necesse olim fuisse rem vindicandam exhiberi in judicio, non tamen exinde sequitur, ergo hodie rerum incorporalium esse vindicationem. *Namque modus* (species) *vindicandi in deductione rei mobilis in judicium consistens, saltim sublatus est. unde etiam hodie absens rem vindicare potest, l.10. & seq.h.t l.3. C.ubi in rem actio. attamen causâ impulsivâ sublatâ,* (& modo vindicandi rem mobilem) *nec tamen sublata est ipsa vindicatio quæ ad substantiam, & ipsa lex. de rebus non nisi corporalibus vindicandis, arg.l.1. & 4.vers. servum.ubi Gl. de postul.* (2) Nun infringitur altera ratio Autoris per id, quod juxta Bachov. *h.* ad utilem rei vindicationem possit sufficere quasi possessio. Nam *haud ex possessione & quæ contra possessorem competit, æstimanda est rei vindicatio, nisi quoad actum secundum & ut movenda in judicio (cum hoc & de hypothecaria, hæredit. petitione atque aliis in rem actionibus diversa species prædicari possit, l.25 ff.de O.& A.) sed* ex dominio, *l.23. h. quod ex Autoris sententia ex n.2. hic repetendum. Quod autem cessionario. ut suprà diximus, quandoque hæc actio detur dominium non habenti, hoc fit* jure planè singulari, & non jure ordinario; ideoque rationi vindicationis ordinariæ nequaquam derogare potest, *arg. l. 14. de leg.* (3) Addi debet, quod non modò rerum corporalium *tantùm* sit vindicatio, *§.1. ibi. rem corporalem I.de Action.l.1.§.1. & tot.h.t.* sed & expressè jura incorporalia (*hoc sensu*) vindicari negentur, *l.56.hoc tit.* (4) Si & jura incorporalia vindicarentur, (rei hac vindicatione speciali) *confunderentur omnes actiones in rem, quarum veteres JCti & Imperator §.1. & seqq. I. de Act. separatam & distinctam formam esse voluerunt, ita, ut illa, quæ pro re corporali competit, tantùm dici debeat rei vindicatio, d.l.1.§.1 h.tit. quæ pro hypotheca, hypothecaria, ratione hæreditatis petitio, & quæ pro juribus incorporalibus servitutum, confessoria & negatoria.* Indeque rectissimè Arumæus *disp.ad ff.8.thes.2.* cœlum terræ miscere ait, qui hæc non distinguunt: Quos ideoque nequicquam secotus est novissimè Bornius, in Vindiciis Lips. & Helmstadiensium, Dissertationi nostræ *de jure rerum annexis* solidè refutatus. Addimus (5) *quarum rerum nullum dominium (sc. propriè ita dictum) illarum nec est vindicatio, l. 25. h. t.* At *rerum incorporalium nullum est tale dominium.* Minor constat ex illis quæ latè diximus & Diss. *de jur.rer.concl.39.nu.10.11.& seqq.* huc omnino revocanda, & *obs. inf. 1.de acq. rer. dom.n.3.* E. *etiam nulla est ipsorum vindicatio.* Conf. *obs. ad 1.d.rer.div.p.125.*

Rerum incorp. non est hac vindicat. Defenduntur rationes Autoris contra Bachov.

N. VI. *Et aut causam sui juris*) Ita utile etiam hîc est allegare causam remotam dominii s. titulum, quo quis acquisiverit v.c. quia res ipsi legata, ex vendito tradita: necessarium verò nominare proximam h.e. ipsum dominium. Et enim in libello actionis realis sufficit exprimi causam *proximam,* quæ ibi est medium concludendi, ut *in rei vindicatione speciali dominium* (daß das Gut sein eigen) *l.23.h. in hæreditate* jus hæreditarium (das er Erbe sey/ *l.10. §1. de hæredit. petit. in confessoria. jus servitutis.* das ihm die Dienstgerechtigkeit zustehe/) *§.5. I.de action. In hypothecaria, jus pignoris,* (daß ihm das Gut verhypotheciret/ verpfändet/verschrieben/) *l.7.eod. in possessoriis. jus possessionis;* (daß er den Besitz habe/dabey er zu manuteniren,) *arg. l.1. & l.2. ut possid.* In genere ejusmodi causa actionis realis proxima, est jus in re, das dinglich Recht/ rem ipsam afficiens: *§.1. & seqq.de act.l.13. §.1. l.19 pr.de damn. inf.* Contra in libello super actione personali, sufficit si exprimatur causa *remota* h. e. *contractus, delictum*; nec necessarium indicare proximam h.e. obligationem, sec. Gail. 1. *obs.6.n.3. & seqq.* Quod verò non ita crassè intelligendum cum Bachovio in *not. h.* ac posset quis ita postulare: *peto Titium condemnari quia ex contractu mihi debet X. vel quia deliquit.* Nam in judicio agi nequit actione, sive personali sive in rem generaliter & in thesi; sed semper ex certa specie juris in re, contractusve aut delicti, actione speciali. Genus enim

Causa petendi hujus actionis quæ exprimenda. Quæ in actis in rem Specialis. Remota.

enim confusum est & speciem certam, quâ tale, non ponit, sed ad omnes pariter se habet. Ideoque quando Gailius requirit in actionibus person. contractum, ceu causam remotam, nec obligationem specialem excludit, (cum sit consequens contractus) nec contractum specialem; quod hæc sit natura actionis illius in actu exercito & in judicio instituendæ, quod sine specie v.c. contractus allegatâ non possit proponi, & positâ hâc non possit abesse obligatio, ut ipse se exposuit exemplis ex mutuo & deposito prupulins. Et sufficit ex regulis duabus à Gailio allatis discernere media concludendi in actione personali & in rem, diversa; In actione enim reali ejusmodi est non titulus acquisiti juris in re, legatum, venditio, permutatio, (causa remota,) sed juris in re *certa species*, (ceu causa proxima, juxta exempla supra proposita. Contra in actione personali requiritur causa remota h.e. titulus & causa debiti originaria. Et hæc est eadem quam Bach. vocat *causam & obligationem specialem ex certa & speciali conventione. Vid.l.14.§.2.de exc.rei jud.* Quæ quidem causa non potest non etiam esse sine obligatione, hîc vero propterea exprimenda est specialiter, quod obligatio fit ex variis causarum figuris *l.1.de O.& A.* ideoque res possit apud plures esse ex diversis debendi causis, nec reus deliberare queat causâ speciali non expressâ. Secus planè est in actione in rem, quæ certas causas habet. Idem ex pluribus causis nostrum esse nequit, *l.non ut ex pluribus de R.I.* nec plures ejusdem rei dominium in solidum habere possunt, *l.si ut certa. §. sed & vehiculum, commod.* Ideoque expressâ in reali actione causa proximâ, v.c.dominio, reus facilè deliberare potest an cedendum sibi an contendendum.

Quid hic intellig. per offic. judicis.

N. VII. *Dico officio judicis*) *In primis h.t. agitur de* Fructibus & Impensis. *In quibus notanda hæc* I. Quod dicitur *rationem fructuum officio judicis habendam*, intelligendum *de officio mercenario, arg.l.2.ubi Dd. de usur.* quo veniunt hi fructus *durante judicio percepti & post*, etiamsi non sint petiti. Idque vis ipsa restitutionis requirit, continens omnem à litis contestatione causam, *h.e. omne id, quod habiturus esset petitor, si tempore litis contestatæ res ipsi restituta fuissent, l.20.h.l.75.de V.S.*

Fructus percepti ante lit. cont. hac actione non veniunt, sed specialiter petendi.

Sed Quæstionis est, *An judex etiam teneatur, aut possit rei vindicatione institutâ, adjudicare fructus perceptos ante lit. contest.?* Negat Wesenbec. cum Dd. comm. volens eos *specialiter petendos esse l.4.§.8.de damn.infect. 1.per l.25.§.8.de Ædilit.Edict. 2.l.10.ff.de usur. 3.quod judex non suppleat actionem in his quæ facti.t.t.C.ut quæ desunt advocat.part.jud.suppl.* Vid. Wesenb. *in comm. C.h.t.n.64.* ubi addit, *quamvis quæ jure actionis debentur, petita censeantur, adjectâ clausula: peto jus & justitiam administrari, non tamen in hisce etiam fructibus id locum habere, n.68.* Conf. Rutg. Rulant. *thes.fr.& inter.in dec.Cam.voc.5.num.21.*

Respondetur Bachovio dissentienti.

Diss. Bachov. *h.t.in not.* dubitans, *an necessum sit ejusmodi fructus nominatim petere, quod hæc actio sit ex arbitrariis, in quibus fieri debet restitutio rei cum fructibus judicis arbitrio, §.1. de Act. junct. §.1. de offic.judic.* Resp.1. Rationem hanc controversam adhuc esse. Neque enim ejus in d. §.31. fit mentio; & stricti juris esse hanc actionem cum Br. statuit Wesenb. *d.Comm.C.h.n.61.circ.fin.* (2) In hoc convenire videntur stricti juris & arbitrariæ actiones, quod haud possit judex jubere illud restitui, quod vel specialiter petitum non est, vel aliâs non venit ex natura ejus negotii: quia exceptiones saltem insunt b.f. judiciis, non cæteris. At arbitrium interponi potest saltem in modo satisfaciendi, non ita, ut addatur id, quod non est de natura actionis, *arg.d.§.31.I.de Act. l.68.h.t.* Dissentiunt alii, quod teneatur judex ad fructus perceptos ante lit. contest. etiamsi nec sint petiti, *per l.35.75.l.81.de V.S.* Sed Resp. eos textus restringendos ad judicia non pure realia, sed mixta, quæ secundum quid sunt b.f. *arg.l.25.§.11.de hæredit. petit.l.1.C. eod.* Neque etiam officit, quod Mynsing. *4.observ.55.* generaliter affirmat, judicem debere condemnare reum ad restitutionem fructuum, etsi non sint petiti. Quippe hunc rectè restringit Wesenb. *in d.comm.C.h.t.n.68.* ad fructus, qui post litem contestatam debentur. Idque inprimis patet per text. *d.l.25.§.8.de Ædilit. Edict.* à Myns. citatum, qui in illis, quæ ante litis contestationem contingunt, apertè dicit cessare officium judicis.

B.f.p. percipiendo omnes fructus suos facit.

II. Quæstio de fructibus duplex est; altera de b.f. altera de m.f. possessore. Possessor b.f. regulariter *percipiendo omnes omninò fructus suos facit, & naturales & industriales tam consumptos, quàm extantes.* (1) per textus generales *l.48.de acq.rer.dom. §.36.I.de rer.divis. l.25. pr. & §.1.l.1.ff.de usur.§.2.I.de officio Jud.* (2) *quod in omnibus eadem sit ratio accessionis.* Jure soli enim, cui accedunt, percipiuntur, *d.l.25.pr.& §.1.de usur.* quodque propter bonam fidem, & percipiat honestè possessor, & lege pro domino, quat. possidet, habeatur, *l.49.de V.S.l.36.de R.I.* Quin quod & verus dominus sit alienanti similis, donec patitur rem suam penes alium esse, *arg.l.28.de V.S.l.47.de acquir.possess.*

Quod verum in thesi. Domino evincente lucratur tantum consumptos, indistinctè.

Attamen hæc vera sunt saltem *in thesi*; cum enim dominium habeat revocabile b.f. possessor, *fallunt in hypothesi.* Indeque casu considerato, ubi dominus rem evincit, *consumptos lucratur* quidem *irrevocabiliter*, i.e. ut, licet conventus de restitutione rei, unde fructus percepit, non tamen teneatur restituere fructus quos consumpsit, *d.§.36. de rer.divis.l.4.§.4 fin.reg.* Sive illi fuerint *industriales*, sive etiam *naturales, arg.d.§.2.I.de officio Judic. §.36. de Rer. divis.* Sive inde factus sit locupletior, sive non, *d.l.4.§.2.fin.reg.junct.§.36.I.de action.* At *extantes non ita lucratur*, sive pendentes ipsi fuerint, *l.44.h.* sive non pendentes sed percepti, *l.22.C.h.* sed conventus cum re, unde percepti sunt, tenetur restituere, *d.l.22.* non modò *industriales*, sed & *naturales*, *l.48.de acq. rer.dom.* nisi triennio eos usuceperit, *arg.pr.de usucap. l.4.§.19.de usurpat.* non obstante quod fundus ab eo petatur. Carpz. *p.3.c.32.d.29.*

Variæ Dd. dissensiones.

Dissentiunt Dd. variè. Sutholt. *disser.4.aphor.57.in fin.* putat *b.f. possessorem teneri ad restitutionem consumptorum naturalium, ex quibus factus est locupletior.* Idem sentit Ignat. Hanniel. *comm.ad l.48. de a.r.d. n.16.17.18.19. & seqq.* Plerique, *ad restitutionem consumptorum, si factus est locupletior, teneri indistinctè; quos sequitur* Hartman. Pistor. *lib.4.q.25.num.13. & novissimè* Dn. Carpzovius *jurispr. for. p.3.c.32.d.28.num.20.& seqq.* Hujus sententiæ fundamenta sunt in *l.25.§.11.de hæredit.petit.l.1.§.1.C.eod l.72.de leg.2.l.23.de adim. vel transfer.legat.* Quam etiam videtur amplecti Fillituc. *tr.32.c.4.c.83.* Verùm *nec d.§.36.de rer.divis.nec l.4. §.2.fin.reg.distinctionem ullam faciunt inter naturales & industriales, & in utrisque par ratio est, sc. quod propter bonam fidem & percipiat eos possessor & lucretur.* Deinde *l.25.§.11.de hæredit.petit.& l.1.§.1.C.eod. ad judicia universalia pertinent, in quibus & consumptorum ratione potest actio dari; at secus in judiciis singularibus, quibus certum corpus saltem petitur, l.50.h.t.* Neque verò *hic valet argumentum ex d.l.72.de leg.2.& l.23.de adim. vel transfer. legat. quod non absumantur fructus consumpti, sed in patrimonio retineantur;* Quia & *dd. ll. loquuntur expressè de judicio universali, in quo pretium loco rei succedit, manetque in universitate; & in singulari judicio restitui tantùm fructus, quoad corpus extantes, textus sunt expressi supra citati. Et si id tantùm lucro possessoris cedit,* quod consumpsit; *ergo & id, quod ita consumpsit, ut exinde factus sit locupletior, idem pro lucro habet, nec restituere tenebitur, arg.d.§.36.de rer.divis.* Denique *l.17.quod met.caus. loquitur de actione mixta, secundum*

quid

quid personali: & *l.8. C.de donat.inter vir. & uxor. & l. 20.C.de jur. dot. sunt de judicio dotis universali, junct. l.8. de impens.in rem dotal.fact. & bonæ fidei, §.29.de Action. ex quibus ad actionem singularem purè realem & stricti juris nullo jure inferri potest.* Adde Bachov. *h.* Vinn. *comm. ad §.35. de rer.divis.* Et hæc textibus & rationi juris civilis convenire non dubitamus. Quidni enim b. fides in tantum proficiat possessori, ut & consumptos fructus lucretur, ex quibus ditior factus est? Sententia tamen opposita praxi rec.communior, habetur, multis etiam visa æquior, quod post evictionem b.f.p. debeat restituere, quodcunque est veri domini. Hujus autem & hoc est, quod à possessore ita consumptum; ipse enim lucrum haberet, dominus damnum. Videtur itaque hoc esse *βέλτιον τινὸς δικαίου, arg 5.Eth.14.* Et locus erit condictioni ex *l.32 de rebus credit.* Addatur Filliuc. *d.l.* Covarruv. *in cap. peccatum de R.I. in 6.* Johannes de Lugo *t.1.d.17.sect.3. num.39. 41.42. in f.* Aliter adhuc diversus est Suthholt *d.differt. aph.56. existimans b f. possessorem teneri fructus extantes naturales restituere, per l.45.de Usur.* Donelli *4.Comm.26.* opinio est, *eundem lucrari quidem industriales extantes, sed irrevocabiliter, h.e. ita, ut eos non teneatur restituere, per l.25. §.1.l.28.de usur.* Aliter sentit Hartm.Pistor *in amicab. resp.n.2.apud Rulant.d.tr.* Hæc de possessore b.f. De m. f. possessore certissima regula est, ipsum non modò perceptos, sive extantes sive consumptos, sed & percipiendos restituere teneri, *per l.33.h.t.l.22.C.eod. §.2.de offic.jud.l.3. C.de cond.ex leg.l.4.§.2. fin. reg.l.4. C.de crim.expil.hæred.* Et hoc verum etiam in eo m.f. possessore, qui *titulum habet*, sed postea rei alienæ scientiam habere cœpit, per dd.textus generales, *junct. l.1.§.1 de hæred.petit.l.2.C.de fruct. & lit.Expens.* (2) in b. f. possessore *cum quo lis contestata, arg.l.48.§.1.de acquir.rer. d.* De *percipiendis* autem fructibus quod dictum, juxta Dd.comm.intelligimus de iis quos non possessor, sed dominus ipse vel *attenta ejus singulari* vel *communi industria* percepturus fuisset, *l.20.h.l.62.§.1.l.33.eod.l.39. §.1.d.leg.1.l.10. §.20.quæ infr.credit.* Quia damnum saltem in his passus fuit, quos ipsemet non potuit percipere, propter injustam alterius occupationem; ergo & de iis saltem ad æqualitatem reducendis agitur. Et licet possessor titulum prætendat, tamen & delictum concurrit & dolus; nec ejus negligentia domino debuit nocere. *Non autem hoc extendendum ad fructus, quos dominus illicitè & turpiter percep sset. v.c. ex ancillis prostituentis, nisi possessor eos etiam inhonestè perceperit; tunc enim & hos domino tenetur* restituere, etiam si hic eos non percepisset; quia *res quomodocunque fructum facit, domino suo facit, l.27.in f. de hæred.pet.* Confer. Covarr. *in c.peccatum p.1.§.6.n.f. de R.I.* Lug.*d.sect.3.num. 54. & 55.* dicentes hanc sententiam in foro quoque conscientiæ esse tutiorem. De tota materia adi latiss. differentem Dn.Frantzk. *comm.h.nu.30. & mult.seqq.* nec non *exerc.4.q.7. & aliq.seqq.novæ edit.* Bach. *ad Tr. disp.15.th.11. D. & seqq.* Cop. *de fruct.lib.lib.2.t.4.c.1.2. & seqq.*

M.f.p. omnes omnino fr. restituit.

Qui hic percipiendi fructus.

Impensæ rerum triplices.

Impensas) III. De Impensis agendi locus est infra *tit. de impens.in res dot.fact.* Hîc ubi incidenter de iis agitur, notari hæc possunt. Impensæ rerum in jure sunt triplices. *Necessariæ*, quæ si factæ non fuissent, res periisset. *Utiles*, quibus res facta est melior: & *Voluptariæ*, quæ speciem tantùm exornant, fructum verò non augent, *l.79.d.V.S.l.1.d.Imp.in res.dot.* Impensas deducere, est rem, in quam impensum, *jure exceptionis* tamdiu retinere, donec impensarum æstimatio præstetur. *Tollere* verò jus retinendi aut recuperandi æstimationem non tribuit, sed tantùm quod impensum, re ipsâ salvâ auferendi. Necessarias jam m.quàm b. f.p. deducit *l.38.de hæred.petit.l.5. C.h.t.* sed hic indistinctè; ille vero tum demum, si res extet, *d.l.38.* Excipitur qui fur, raptor, violentus invasor, *l.1.C.de infant. exp.* quales non modò m. f.p. sed & in delicto & perpetua mora sunt *l.13. de condict. furt. l.67. §.2.de furt.* Utiles b.f.p. deducit, nisi penior sit pauper; tunc enim illas tantùm tollit *d.l.5.d.l.38.l.28.de pign.act.* m.f. p. has re ipsâ salvâ tollit indistinctè *d.l.5.C.h.l.37 ff.eod.* Denique voluptarias b.f.p. servat per circuitionem aliquam, objectâ doli exceptione si & dominus tales facturus fuisset *l.39.§.1.de hæred petit.* aut possessor rem venalem habens plus ex pretio ejus consecuturus sit propter artificium *l.19.h.* Extra hæc eas tollit b.f.p. *l.9. de imp. in res dot fact.* Tollit & m.f.p. indistinctè, modò sine rei dispendio fieri possit; aliàs enim eas perdit, *d.l.39.§.1.* Addesis Johann. Garf. *de Expens. & meliorat. n.2.*

An & quomodo hic earum sit ratio.

N. VIII. *Domino res sua restituatur*) Finem qui *h.n.* proponitur, non specialem sed communem esse omnium judiciorum, contendit *h.* Bachov. Quod verum non videtur, *quia quamvis subjiciatur ratio generalis, sc. quod per id, dum suum cuique tribuitur, conservetur publica tranquillitas; tamen agere, ut domino* (qui se in dominio fundat, *l.2.3.h.*) *res sua restituatur, communis nullis omnino est actioni, sed rei vindicationi soli proprium, qua jure dominii seu proprietatis intenditur, l.13.h.t.l.f.C. eod.*

Finis hujus act. est proprius non communis, contra Bachov.

N. X. *Exceptio domini*) Quæ exceptiones rei vindicationi opponi possint optimè docet Oldend. *d. act.2. in pact. pro defens.rei n.2. & seqq.* Dominii quidem exceptio hîc necessaria non est; nam actore dominium à se allegatum non probante, reus etsi non opposuerit dictam exceptionem, absolvitur, *l.4. C.de edend.l.f.C.h.t.* actore verò dominium probante condemnatur; Attamen si actor non plenè possit hoc demonstrare, reus verò longè melius, oppositam exceptionem ipsi prodesse non dubito. De *exceptione præscriptionis* quæ adfert A. explicatius sic habent. Qui rem alienam v. c. per 10. annos possedit, postmodum eandem vindicanti non rectè opponit exceptionem præscriptionis; (1) quia ejusmodi *hodie* non est præscriptio, sed usucapio vocatur, *l.un.C.de usucap. transf.* (2) quod ea non jus excipiendi tribuat eodem jure, sed dominium verum; nam vero domino rei possessæ dominium aufert, *arg.l.28.d.V.S.* & alteri adjicit, *l.9. de usucap.* Quibus consequens, & quod possessor rectè opponat domini exceptionem, & quod vetus dominus, utpote alienatâ re per usucapionem, rei vindicatione agere nequeat. Nisi quis cum Zasio *in l.17.§. 1. de acquir. poss.* contra manifestissima juris principia dicere vellet, eum qui ita præscriptione rem acquisivit, saltem utile, jugulans seu adversarium dominium habere; alterum verò, ad quem res possessa pertinebat, dominium directum retinere. Altero casu, ubi quis sine titulo & b. f. 30. annis possedit, quin domino agenti rectè opponatur præscriptionis exceptio, indubitati juris est. Conf. Bach. *in not.*

An & quomodo hic obstet exceptio dominii.

Quomodo exceptio usucapionis.

Aut præscriptionis.

TITULUS II.

De Publiciana in rem actione.

1. Continuatio, & unde dicta Publiciana.

SEd rei quidem vendicatio ex legitimis causis descendit. Aliam autem Prætor ex sua jurisdictione in rem comparavit, quæ ab authore Publicio, Publiciana est appellata.

2. Quare prætor Publicianam introduxerit.

Nam cum is cui ex justa causa res aliqua à non domino tradita fuerat, ejusque rei ante completam usucapionem casu possessionem amisisset, nullam haberet in rem directam actionem, ad eam persequendam: quippe ita proditæ erant jure civili actiones, ut quis dominium suum vendicaret, durumque videretur eo casu deficere actionem: inventa est à Publicio Prætore actio, in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vendicat suam esse, *§. sed ista. vers. namque si cui. Instit. de action. ubi dixi.* Visum enim est æquius fore hunc colorem obtinendi potius actioni, quam pati ut ejus defectu possessor bonæ fidei, amissa forte possessione, jus omne facultatemque rei recuperandæ amittat, & injustus possessor id omne lucretur: cum bona fides possidenti tantum præstare soleat, quantum veritas, *l. bona fides 136. de reg. jur.*

3. Edictum.

Verba porro edicti hæc sunt: SI QUIS ID QUOD TRADITUR EX JUSTA CAUSA NON A DOMINO, ET NONDUM USUCAPTUM, PETET, JUDICIUM DABO.

4. Ejus explicatio, & cui detur hæc actio.

Ex justa causa traditum hic accipimus, scilicet. Ex justo contractu vel titulo, puta emptionis, donationis, dotis, aut alia causa: ex qua si dominus tradidisset, dominium transferretur, *l. 1. in fin. cum mult. seq. hoc. t.* Nam ex aliis etiam justissimis, non datur hoc judicium, si ea possessionis causa sit, ut ex illa neque dominium a vero domino, neque usucapiendi conditio à non domino transeat: ut est pignoratitia, precario, in locatione, *l. 1. C. de præscr. 30. ann. &c.* Eo enim animo ejusmodi acquiritur possessio, ut is qui eam accipit, credat se dominum non esse: cui hæc actio utilis esse nequit, ut nec malæ fidei possessori eoque opus est, hac agere volenti traditionem bona fide factam esse. *l. quæcunque 13. h. t.* Nam qui sciens alienam rem occupat, Publiciana experiri nequit: quia nec usucapere potest, *l. sed etsi 7. §. fi. h. t.* Oportet igitur eum qui hac actione agere velit, bona fide ex justo & translativo dominii titulo possessionem esse nactum, *d. l. 7. §. prætor 7.* Ait prætor A non domino. Nam si dominus tradidisset, ipsa traditione dominium transtulisset. *l. traditio 20 de acq. rer. dom. l. clavib. 7 de contra empt.* Et addit, Nondum usucaptum. Nam si usucaptum esset, haberet civilem actionem Rei vendicationis, *l. 1. h. t.* & frustra desideraret Publicianam. Postremò ait, Judicium dabo: scilicet ei qui ita petere rem nondum usucaptam, & aliquo casu amissam instituit.

5. Ad quid datur.

Judicium porrò Prætor hic ferè dat eodem modo, quo in rei vendicatione. Nam ut in ea approbato actoris dominio judex rem illi officio suo restitui jubet: ita hic probato justo agentis titulo, & bona fide ac traditione subsecuta, res ei tanquam domino restituitur, omniaque fere eadem sunt in Publiciana, quæ in Rei vendicatione *d. l. et si 7 §. si petentis 3. §. sed ista ubi vide Iason. & alios Inst. de actionib.*

6. Contra dominum non datur.

Huic autem actioni una tantum exceptio objici potest, nempe Domini. Æquum enim est, actori bonam tantum fidem cum titulo allegant, præferri verum dominum, præsertim possidentem: *l. 1. & 2 & passim de cond. ob tur. caus. c. in pari de reg. jur. in 6. l. ult. C. de rei vendica.* qui etiamsi non possideret, a quolibet tamen possessore rem suam vendicare posset: *l. penult. & l. ult. hoc tit.*

OBSERVATA.

An hodie locus Publicianæ.

N. II. *A non domino*) Prædicta Rei vindicatio est ex vero dominio. Ex dominio ficto descendit *in rem Publiciana.* Cui planè contrariari videtur, quod *vix hodie fieri queat, ut res aliena tradita alteri sit extra vitium, cum primus alienator utique sciverit rem alienam esse & furtum commiserit, res autem furtiva usucapi nequeat, ergo nec pro eâ recuperandâ dari actio Publiciana.* Verùm respondetur omni tempore non requiri b. f. in Publiciana, *arg. §. 7. de usuc.* quæ & magis sit favorabilis ac usucapio; cum hæc contra verum dominum tendat, illa saltem contra extraneum competat. Vid. Oldend. *cl. 3. act. 3. §. 3. in defens. rei.*

Ejus causa duplex, Æquitas.

Causa introductæ hujus actionis duplex est, *defectus actionis* ante impletam usucapionem, & *Iniquitas hujus defectus.* Hæc consistit in his 1. quod *iniquum*, b. f. possessorem teneri ex facto alieno, 2. quod *injuriam* pateretur, si consistens in actu usucapiendi, amissâ re, non haberet actionem pro eâ recuperandâ 3. quod haud æquum sit, tertium, qui rem acceperit, locupletari cum damno ejus, qui b. f. rem acquisiverat: 4. quod respectu extranei b. f. possessor non modo plus juris habeat, sed & domino comparetur, *l. 138. de R. I.*

Collisio contrariorum principiorum.

Ratione quidem civili is qui dominus non est, eam vindicare non potest, *l. 23. de R. V.* attamen ex æquitate b. f. possessor qui antea rem habuit, præsenti possessori est præferendus ut domino proximus. Cum verò hæc contrarie se habeant, causâ corrigendi juris civilis, juxta *l. 7. pr. §. 1. de I. & I.* à secundario legislatore (Prætore) res temperatur medio aliquo interveniente, dum fingitur possessorem b. f. usucepisse, cum tamen non usuceperit, *§. 3. de act.* Quo posito satis fit juri civili, rei vindicationem non nisi domino permittenti Et enim dominus utique est qui Prætoriâ lege pro tali habetur, juxta principia à natura legum deducta *§. 7. I. de j. n. g. & c.* idque & ipsi textui antea opposito ex *l. 23. de R. V.* convenit.

Hic non permittitur mendacium.

Neque vero putandum, q. Prætor introducendo hanc actionem mendacium permittat, ut nonnulli objiciunt; *quando quis est in conditione usucapiendi jurisque sic in re, vel dominii primum acquirendi, dicit se rem q. usucepisse, §. 3. de act. cum tamen non usuceperit.* Respondetur enim fieri hoc per *fictionem juris Prætorii positivam*, æquitatis causâ, *fundamentum* etiam *in re habere.* Nam *Lex permittit esse in conditione usucapiendi,* & propter bonam fidem perinde defendi b. f. possessorem ac si esset dominus, *arg. d. l. 138. de R. I. Factum* itaque & *qualitas* usucapiendi adest verè, suppletur tantùm jus usucapiendi quoad actum secundum, h. e. actionem dandam si possessor interim re cadat apud alium existente. Et hoc est quod A. h. dicit, *æquius visum fuisse obtendi potius talem colorem, h. e. quasi impleta usucapionis & consequenter acquisiti dominii, quam concedere ut b. f. p. rem amittat, & injustus possessor eam lucretur.* Add. Mastert. *de instit. leg. Roman. l. 2. dub. 59.*

Dominium fingitur & prætenditur æquitatis causa.

Quemadmodum enim qui verè jam acquisivit dominium, civilem actionem rei vindicationem habet; ita ei, qui in potestate usucapiendi existit, comparata est à Prætore actio in rem Publiciana, cujus causa dominium fictum, quod causa ejus q. usucapio scil. ficta sit. Fingitur autem dominium dupliciter 1. *positive*, q. acquisitum, quod tamen reverà acquisitum non est, *§. 3. de act.* 2. *negative*, quasi non amissum, quod tamen amissum est, ut in Rescissoriâ *d. §. 3. & seqq. I. eod.* Prius hujus loci est, & causa proxima hujus actionis.

Datur hæc actio q. domino in quo 3 requiruntur. Explicantur hinc controversiæ.

N. IV. *Ex justa causa*) Datur hæc actio q. domino, verum non simpliciter; tria enim sunt quæ [illegible] parte ejus requiruntur 1. traditio à non domino [illegible] 2. justa causa seu titulus traditionis 3. bona fides, *l. 1. pr. h. t.* Circa primum quæritur (1) *an id etiam in fictis traditionibus obtineat?* Quod affirmatur, *per l. 1. §. 1. h. mult. l. 3. de usufruct. l. fin. de serv.* (2) An & in iis modis, *quibus citra traditionem acquiritur dominium*

minus ipso jure: ut si quis pro legato, pro hærede possidet. Quod iidem affirmatur, cum & in iis detur constitutum in conditione usucapiendi, *l.1.§.2.l.2.l.7.h.t.* Circa secundum quæri solet, *an idem sit in causa lucrativa?* ut si quis ex donato acceperit rem & ante impletam usucapionem amisit? Quod affirmimus per *l.1.§.fl.7 §.1. & 3.l.4.l.6.h.t.* contra Oldendorpium *in class.act.h.t. in axiomat.n.4.* Denique circa tertium quæsitu dignum est, *an b.f. omni tempore requiratur?* Distinguo inter jus civ. & can. Illo sufficit b.f. adesse ab initio *l.un.C.de usucap. transf.* modò in emptione (quod hic speciale) ad sit & tempore contractus & traditionis tempore, *l.7.§.*[illegible]*.h.t.§.41.l.de a.r.d.* Nec officit *l.11.§.3.in f.h.* ubi videtur requiri b.f. etiam tempore movendæ actionis. Respondetur enim cum *Gl. ibid. ad d.l.7.§.6.* subaudiendum ibi esse particulam *maxime*. Ideoque extra eum casum continuata b.f. non requiritur, & superveniens m.f. nec usucapionem rumpit, nec Publicianam, *§.7 d.usucap.* Hoc jure autem b.f. continuata requiritur, & ut adsit omni tempore in usucapione, *per c.f. de præscription.* Ergo & in Publiciana. Conf. Bach. *ad Tr.d. disp. 1b. 13. lit. C.* ubi Jasonem dissentientem refutat. Cæterum & verus dominus Publicianâ uti potest *sub qualitate b.f. possessoris, ita ut omittat jus domini, & fundet se tantùm in titulo, b.f. & traditione*; idque propter difficilem domini probationem. Cui consequens, Publicianam hanc cumulari posse cum rei vindicatione; quoniam actiones non contrariæ licitè ita conjunguntur, *per l.*[illegible]*.§.4.quod legator.* Vid. Gail.1. *obs.64. n.4 V.S.* Mynsing. 4. *obs.11.* Neque faciendum cum Bach. qui *ad Tr.d.1b.13. lit. A. & in not ad Wesenb. n.*[illegible] *& tit.praced.* dicit non cumulari has actiones, sed Publicianam subalternatè adjici rei vindicationi. Qui per ejusmodi etiam actionum conjunctioni definitio cumulationis competit, sc. quod sit *plurium actionum adversus eundem competentium in judicio facta coacervatio*; & cumulatio non modò simultaneè fieri potest, sed & successivè & alternativè.

N. VI. *Nempè domius* Datur Publiciana adversus possessorem qui sine titulo possidet, (& sic jure infirmiori quam ipse actor, *l.7.§.3.l.12.pr.h.t.*) qui pro possessore habetur, vel qui dolo possidere desiit, vel qui liti se obtulit, *arg.l 7.§.8.h.t.junct.l.2 pr. §.3.de rei vindic.* Non datur adversus verum dominum, ex ratione evidenti hic allegatâ. Excipiuntur tantum aliquot casus quibus de videsis Accurs. *in l.f.eod.* Add. *l.24.32.53.h.t.*

Rei vindicationi subjungitur.

Datur adversus quemvis possessorem. Excipitur verus dominus.

TITULUS III. C. 4. 66.

Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

AD exemplum hujus Prætoriæ actionis, alia quoque inventa est: qua illis qui non quidem directum, sed utile (ut nunc loquuntur) dominium habent, consulitur, *l. si cum 66 in princ. de evict.* cujusmodi olim in fundis provincialibus, non Italici soli, nempe stipendiariis populo Rom. et tributariis Principi, possessores habebant, *§ per traditionem ubi Theoph Instit de rer. divis in princ. Inst de usucap l si fini*[illegible]*.§.si de vectigalibus. 13 de damn.infect. cum sponsus 1.2.4.1. de Publician.* quanquam autem hoc dominiorum discrimen Justinian. sustulit, *l.unic. Cod de usucap transfor in princ Inst. de usucap* manet tamen adhuc fundorum in longum tempus elocandorum usus, *l 1. de superficieb.* vel meliorationis causa: [illegible]. Solent enim civitates etiam nunc, aut alii rerum domini, vel propter sterilitatem, vel aliam ob causam, agros suos in perpetuum, aut ad longum tempus colendos meliorandosque locare: hac lege ut quandiu pro iis vectigal pendatur, tamdiu neque ab ipsis qui conduxerunt, neque iis qui in locum eorum successerunt, eos auferre liceat. Quia namque publica neglectui haberi à colonis solent, quorum res non vertitur: ideo quo in agris publicis colendis essent diligentiores, usitatum fuit, ut sub certa pensione agri publici ita locarentur, ut jus utile in colonum transiret: iisque suo bono & malo, suaque fortuna agrum colere haberet necesse.

Qui ergo in perpetuum, aut longum tempus fundum fruendum conduxerunt à municipibus: quamvis non efficiantur veri domini, tamen, quia utile dominium in fundo emphyteuticario habent, placuit competere eis in Rem actionem adversus quemvis possessorem: sed & adversus ipsos municipes, ita tamen si vectigal solvant, *d.l.1 & 2* Sed quia contractus emphyteuticus, moribus non est infrequens: erit, ut arbitror, operæ pretium, de hac re methodicam aliquam subjicere tractationem. *vide de eadem materia Ias. & Dd in l.1 & 2. 3 C. de jur. emphyt. & poenit. de loca Land. lib.1. nr.54.* A Græco verbo φύω vel φυτεύω, quod serere aut plantare significat, fit ἐμφυτεύω implanto, insero: & ἐμφύτευσις implantatio: ἐμφυτεύματα implantationes & per metaphoram, meliorationes: quia per cultum & sationem implantationemque agri meliores redduntur. Hinc contractus emphyteuticus dictus: quem hoc modo definire possumus: Ut sit juris civilis, nominatus, stricti juris, in quo dominus utile dominium ac possessionem sui prædii in emphyteucam perpetuò transfert ea lege, ut is prædium colendo reddat melius, & in recognitionem dominii directi quod dominus retinet, Canonem, hoc est, certam pensionem quotannis præstet *vide Panor. ita fere definientem in c. potuit de locat.* Dico, esse Contractum, quod hac ultro citroque oritur obligatio, *l. Labeo. 19. de verb signif.* Addo, Civilem quia formam à jure civili habet. *§.adeo Instit de loc. l. 1. ubi Dd. C. de emphyt. Bart. & Dd. in l. 3 de jur.*[illegible] *& iur.* Contra si Cotalius non recte contra sentiat, *lib 1 Miscel. 28.* Addo, Nominatum, quoniam actionem producit, & nomen certum habet, idque communiter est traditum, *in d.l. 1. ubi Ias n. 96. C. eod Bar. in l unic. de condict ex lege.* Addo, Stricti juris: ex doctrina Doctorum *Ias. in d. l. 1. num. 67. Bal in l. fin. C. eod.* quamvis non desint qui probabiliter contradicant. *Conman. lib. 7. cap. 1.* Aio Perpetuum esse videlicet in rebus prophanis, *Ias in d.l. 1. num.* [illegible] *& in l. 2. num. 160. C. eod tit.* quo ad emphyteutæ posteritas durat, *Ias. in l 2. num. 202. Specul. de emphyt num. 88* Secus in Ecclesiasticis, in quib. temporalis est emphyteusis *Iaso. in d. l. 1 num 22 & in d. l. 2. num* [illegible] *per § si vero in Auth. de non alien.* propter quod [illegible] constitui duæ solent emphyteuseos species: una Ecclesiastica, quæ ad res Ecclesiæ: altera Civilis quæ [illegible] tinet ad res privatorum, hoc modo concessas. Causa efficiens est lex, *d. §. adeo. l. 1. C. eod. tit. Mohn. in conjunct Part tit de comfib. in prin. num 30.* & consensus contrahentium: quo solo hic contractus ex dispositione legis perficitur. *Spec de emphyt num. 5 fac l.* [illegible] *de jur. emphyt §. adeo Inst. de loca.* Ex contractu hoc fluit, seu per contractum constituitur jus & dominium utile in [illegible] quod emphyteuticum dicitur accedente scilicet domini traditione, vel [illegible] qua secundum fidem contractus [illegible] in se concessa. Præscriptione [illegible] quærtitur emphyteusis, quasi ex tacito domini & possidentis consensu, *l hub C de ag & censib. lib. 11. c. fin.* [illegible] *de fund pat. lib. 11.* [illegible] *si finium* [illegible] *si de vectigalibus de damn infect. Spec de emphyt 1. num 69. in fin.* Materiam [illegible] in qua existit emphyteusis [illegible] res Sol litantum. *In* [illegible] *num 10* [illegible] *eod* [illegible] *c. p cum ubi Imol. num.* [illegible] *de loca.* secus & in [illegible] dalibus [illegible] *fructuum de feud cognit.* Nam in mobilibus, quæ usu non meliorantur, sed aut pereunt usu, aut fiunt deteriora [illegible] *lex qua. 22. C de adm u tuto l.1 & 2 inf de usufr ear. rer quæ usu cons* emphyteusis constitui, & utile dominium altero concedi facile non potest. *l 1 ubi Ias num 1 . C. eod* Formam hujus contractus præcipuè dat pactio contrahentium. Specifica [illegible] sc. si nihil aliud convenit. forma ita est, ut [illegible] dum [illegible] retineat dominus, emphyteuta utile [illegible] consequatur [illegible] men, ut in recognitionem directi domini [illegible] honorem quotannis solvat. Contrahitur autem [illegible] leremque in scriptis hic contractus, *l. 1. & 2. C. eod.* etiamsi ea solemnitas [illegible] non sequatur: ut communior est opinio, *in d. lege. ubi* [illegible]

quæsitum, *l.37. de acq. hær. s.s. pro hær.* Erbrecht/Erbgerechtigkeit. Sine omni itaque ratione contra Wesenb. & Theophilum hîc statuit Bach. *in not.* figmentum esse Dd. inquiens, *imò chimeram quandam in aere volitantem, jus quod constituatur post mortem defuncti eumque repræsentet.* Neque enim hæreditas, ut putat, solùm denotat universitatem bonorum quam defunctus reliquit, per *dd. ll. junct. l.62. de R.I. & l.24. de V.S.* Et si actio realis est hæred. petitio, ut ipsemet h. n. admittit, sequitur omnino eam ex ejusmodi jure esse quod hæres adeundo acquirit, & unde dicitur defunctum repræsentare, *arg. l.31. §.1. de hæred. inst. §.4. I. eod.* Perinde ut aliàs servitus, pignus, possessio & dominium suis modis acquiritur, & ut acquisita sunt, jura in re dicuntur, actionesque reales pariunt. Porrò *definitiones* Hæreditatis hîc tres adferuntur. Per pecuniam finitur generalissima acceptione, ceu per rem quamvis quæ esse potest in nostro patrimonio, *l.178. de V.S.* prout hæreditas significat illud quod à defuncto relictum; quomodo hîc non accipitur. *Theophili definitio* non placet; tum quia in patrimonio nostro dicuntur saltem in quibus jus in re vel ad rem habemus, *arg. l.49. de V.S.* (hæreditas verò longè latior est, *arg. l.19.* ubi Bart. *h.t.*) tum quia formâ caret. Neque enim proprium est hæreditatis universalem dominium facere, cum hæres neque adeundo neque agendo petitione hæred. hoc intendat, sed tantum hoc ut consequatur *jus hæredis* & *pro eo declaretur.* vid. Wesenb. *infr. n.8.* Definitio Juliani, quam rectè explicat Sutholt. *diss.7. aph.2.* quod sit universum jus defuncti in quod succeditur, denotat objecta hæreditatis, quodque à defuncto relictum, de quo initio diximus. Hoc tit. præcipuè significat *jus hæredis aditione quæsitum*: quomodo finiri potest *jus universale, quo hæreditatem ad nos pertinere s. nostram esse dicimus.* Hæres enim suam esse intendit, inque jure circa rem se fundat, *l.10. §.1. h.* licet tantùm æs alienum contineat, *l.50. eod.*

Dissentit ab his malè Bach.

Examinantur tres defin. hæreditatis Wesenb.

1

2

3

Datur alia hujus loci

N. III. *Petitur aut ex jure civili*) Hodie triplicem hæreditatem, *testamentariam, legitimam & conventionalem* in tota Europa receptam esse, constans plerorumque sententia est, qua de vide sis Dissert. de jur. ter. *concl.86.* Verùm quia nec sic omnes hæreditatum species exhauriuntur; commodius dicemus, aliam esse *Ordinariam*, aliam *Extraordinariam.* Illa *est quæ jure civili aut prætorio ordinariè defertur, Lege vel ultima voluntate, vel ex utraque. Lege, per successionem ab intestato. Voluntate ult. per testamentum, fideicommissum. Ex utraque per bon. possessionem jure præt.* Hæc *est quæ* ἀνωμάλως *fit pactis successorius, partim jur. civili, maximè verò moribus hodiernis, de quibus latissimè d. dissert. concl.67. & seqq. n. ult.* Civilis & Prætoria huc maximè pertinent.

Quotuplex in universum hodie sit hæredit.

N. V. *Dico esse civilem*) *Civilis* dicitur actio hîc *propriè,* quæ *l.12. tabb.* & SCtis introducta, *arg. l.7. pr. de I. & I. junct. l.1. h.t.* *Quamvis autem Prætor suo edicto eam proponat, tamen exinde Prætoria non est, cum & id accidat rei vindicationi, l.75. de R.V. atque aliis in universum actionibus.* Atque hac ratione quin providè suam sententiam confirmet Noster ex *d. l.75.* (contra Bach. *in not.*) nullus dubito; cum idem planè statuat *infra ad tit. de R.V. n.3.* Nec mutat *l.73. §.1. & l.74. eod.* ad quas respondemus infra *d. n.3.* Si enim rei vindicatio, licet edicto prætoris proposita, est civilis, ergo & hæred. petitio, quamvis à Prætore proposita, talis erit *infr. ad d. tit. de R.V. n.3.* Universalis eadem est quidem, sed *Universitatis gradus* sunt, unde & petit. hæred. dotis & peculii *gradibus* differunt universitatum. Hæreditas enim Universitas est *corporum & jurium*

Actio hæc ut civilis dicatur.

Ut universalis.

diversorum, in re & ad rem, eorum etiam quæ defunctus saltem detinuit, l.1. de R.V. junct. l.19. h.t. Hinc appositè Dn. Frantzk. *comm. de inoff. test. n.2.* hæred. *petitionem, ait, per excell. dici universalem, hæreditatem enim universum quid esse, cujus applicatio nihil certi animo subjiciat, sed collectim & simul sumptas res diversissimas à defuncto relictas designet: quomodo universale Philosophis non tantùm dicatur quod plures res & individua vel species continet, sed & aliquid confusum, quod q. per aversionem non species certas sed multas & incertas significat.* Non ita universale est judicium dotis, *arg. l.1. §.4. de dot. præleg.* Quin & actio de peculio sec. quid universalis est, quat. peculium dicitur universitas, *all. l.8. §.10. h.t.* Judicium verò jurisdictionis, quod est actio confessoria, huc omnino non pertinet, cum jurisdictio non sit nisi de causis civilibus, per *obs. tit. de Jurisd.*

Cumque judicetur) Notanda hoc num. sunt hæc I. putat A. *universalem esse hanc actionem ratione objecti.* Verùm ubi grex petitur, universalis actio non est, *arg. l.1. §.3. de R.V.* nec si universitas donata, *arg. l.35. §.4. C. de donat.* Ideoque *& ex objecto & ex causa. s. jure petendi universalis æstimanda est petitio hæreditatis,* ut ipse Wesenb. mox agnoscit, & patet ex *l.10. §.1. h. l.1. si pars hær. pet.* II. Verùm quidem, realem esse hanc actionem, sed causa adjecta falsa est. Actio enim ad exhibendum & aliæ contra possessorem dantur, *l.3. §. f. ad exhib.* nec tamen sunt reales, *vid. infr. ad tit. ad exhib. n.2. & observ. ibid.* Quippe *dari adversus possessorem, non est proprium actionis realis in quarto modo; quia & aliis communicari potest, sed descendere ex jure in re ipsis est proprium,* Giphan. *in l.25. de O. & A.* Est itaque hæreditatis petitio realis actio, *& quod contra possessorem detur: & præcipuè quod ex jure in re oriatur;* dicit enim hæres hæreditatem ab altero relictam, suam esse, *l.10. §.1. h.t. junct. l.25. de O. & A.* quamvis tantùm nomina contineat, *l.50. h.t.* III, Revera mixta est hæc actio; neque realis primariò & per accidens personalis, sed mixta propriè & ex se suique naturæ licet in hypothesi semper non sit præstationibus locus. (1) *per l.7. C. h.t. §.20. I. de act.* ubi disertè mixta dicitur: (2) *quia partim ex jure in re est, partim ex jure ad rem, & objectum habet quippiam universum confusum, compositum, relicta defuncti, in quibus universitas jurium & rerum. jura in re & ad rem, (quorum causâ alioquin & reales & personales actiones competunt) res universales & singulares, propria & non propria, l.19. h. certa & incerta:* (3) *propter præstationes personales, l.25. §.18. h.t. quæ ex q. contractu negotiorum gestionis oriri videntur. Falsus enim hæres per hanc actionem cum præstare, h. e. solvere cogitur pretia rerum distractarum, aut æs alienum à debitoribus exactum, l.20. §.2. cum seqq. h.t. contra & verus hæres impensas quandoque refundit. l.37.38. & 39. eod.* (ubi autem est q. contractus & præstatio personalis, ibi etiam est actio personalis, *l.3. l.25. de O. & A.* neque ex accidenti, sed ex se & suâ naturâ. Utrumq; ergo & jus in re & ad rem hîc actor initio statim intendit: & hæc actio sua natura apta est ad utrumque. Si enim hoc non esset, non obligaretur reus ad solvendum, & quod obligetur, causa est præstationis, unde hæres jus ad rem habet; (4) *quia est b. f. nam hanc qualitatem non esse nisi personalium, constat ex arg. §.28. I. de act.* Atque pro hâc sententia faciunt Bald. *in d. l.7. C. h.* Jas. *rubr. C. de inoffic. test. num. n. 3.* Dyn. *§.1. n.5. de act.* Tim. Fabr. *diss. anniv. 27. th. 2.* Anton. Merend. *6. controv. jur. 47. n.6.* Dissentit post Donell. Achilles Personalis *de hær. pet. n.633. inf.* putans esse merè realem: aliter novissimè D. Petez. *C. h. n.1.* dicens mixtam per accidens.

Non est universalis ex obj. tantùm sed & ex causa.

Nec realis est quod contra possessores detur, sed quia & ex jure in re.

Mixta est ex se & sua natura.

Rationes IV. prægnantes.

N. VIII. *Jus hæreditarium*) Rectissimè Wesb. & pauci alii, quos memoravimus *d. diss. concl. 14. n.2.*

Causa esse sic petit. hæred.

non est dominiũ, sed jus hæreditarium.

& seqq. asserunt, causam hujus actionis non esse dominium (in specie tale) ut plerique sentiunt, *sed jus* quoddam in re proprium, quod dicitur *hæreditatis*. Et, fundamentum hujus elegans est, (1) in *sæpè d. l.* 10. §. 1. *h. t.* ubi hæres intendens hanc actionem, fundat se in jure hæreditario, dicens hæreditatem suam esse; suum verò denotat jus in re, *l.* 239. §. *f. de R. I. l.* 70. 71. 72. 73. *de leg.* 3. *l.* 27. §. 2. *&* 4. *de lib. leg.* & ut hæreditas sua, *l.* 17. *pr. ad Sen. Treb.* (2) quod specie invicem differant hæreditatis petitio & rei vindicatio; *t. t. de R. V. t. t. de hæred. pet.* §. 1. *junct.* §. 10. *I. de act.* & hæres non petat rem singularem, sed universalem, *l.* 1. *pr.* §. 1. *& seqq. de R. V.* (3) quia dominium à jure hæreditatis specie & definitione distat. Non solùm enim non fundat se hæres in dominio, nec adversarius contrà id excipit. *d. l.* 10. §. 1. *h.* sed & dominium est rerum singularium, *l.* 1. *de R. V. l.* 80. *de leg.* 2. hæreditas universitatis, diversorum corporum & jurium, *l.* 29. *de V. S. d. l.* 37. *de acq. hæred.* Illius forma rei proprietas, hujus jus defuncti, *d. l.* 29. nullo res propriæ & corporales sunt, in hoc etiam incorporales, & quæ defuncti non fuere. Imò hæreditas sine rebus scil. bonis esse potest, *l.* 30. *h.* at dominium nequaquam. Quibus consequenter pronunciari solet, daß N. zu der Erbschafft der näheste: it. vor einen Erben sich anzugeben / und bestätigung seines Erbrechtes zu suchen befugt: daß N. seine verlassenschafft auff M. verfället oder vererbet: daß er zu den Erbgütern zu verstatten: für Erben zu erklären / *&c.* Atque hujus etiam sententiæ esse videtur

Dominium & hæreditas differunt.

Jus hæreditatis non dicendum est jus mixtum.

Anton. Merend. *d. l.* ubi per dominium hæreditatis, quod ait actionis hujus esse fundamentum, & operari actionem in rem, intelligit jus hæreditatis, Bus. 1. *subtil.* 7. *n.* 17. Franc. de Amaya 3. *obs.* 47. *n.* 6. Mod. Pistor, 1. *cons.* 23. *n.* 28. *& cons.* 33. *n.* 18. Neque verò his officit quod jus ergò hæreditatis non definiendum videatur per jus in re, sed per genus remotius, *jus scil. rerum s. circa rem*, cum sit ex in re & ad rem mixtum, *sæpèque dominium in specie, pignora & quæcunque jura alia ex obligatione provenientia sui natura comprehendat*, *arg. l.* 19. *h. t.* Licet enim hoc asserere absurdum non sit, sed rectè jus hæreditatis dicatur jus circa rem s. jus mixtum, præstat tamen eum legibus loqui, quæ saltim de actione prædicare solent *Tò mixtum* esse, scil. ubi & *res* quæ in eam veniunt & *præstationes personales* in judicio persequendæ, §. 20. *I. de act.* Quod de fam. erc. jud. fin. reg. commun. divid. tralatitium est, & hæred. petitione, *e. l.* 7. *C. h.* quarumque causa jus circa rem s. mixtum, nec tamen uspiam sic indigitatur. Et hypotheca rem ipsam afficit, cujus causa tamen conventio scil. pactum legitimum est, non jus in re, *l.* 1. *de pign. act.* Quin ex jure scil. lege sunt hæ appellationes, à quo itaque, ni prægnans ratio moveat, non est divertendum. Atque ex hinc etiam est facilè respondere Matthiæ Steph. *de offic. jud. l.* 6. *c.* 1. *n.* 35. statuenti, *sicut in res singulares vindicatione, ita & in hæred. pet. actorem duo probare debere, dominium & possessorem; & dominium quidem, dum probet se hæredem esse; quod hæres dominium significet*, §. *f. de hæred. qual. & diff. & qui dicit se hæredem esse, dicat se dominum esse universi juris quod defunctus habuit*, *l.* 60. *de R. I.* Quis enim non videt, sic confundi dominii significationes, quod in materia rei vindicationis non est nisi rei singularis? *l.* 1. *pr. &* §. 1. *&* 3. *de R. V.* (ipsomet Stephani haud diffitente) non verò universi juris, *l.* 56. *eod.* De possessione dicemus infrà *n.* 10. Cæterùm quàm solidè Bornio hac de re dubia moventi, ante paucos annos responsum sit, videre est in illis, quæ Dissertationi nostræ de jure rerum annexæ sunt novissimè Vindiciis *Jenensibus, Lipsiensibus & Helmstadiensibus.*

Respondetur Matth. Stephani.

N. IX. *Non etiam possessio*) Per aditionem hæreditatis dominium quidem *earum rerum quarum dominus fuit defunctus, ut & reliqua ejus jura* acquiruntur, ita ut dicatur hæres ea statim à morte defuncti acquisivisse, *sec.* §. *f. I. de hæred. qual. & diff.* Nimirùm *translativâ Jurisdictione*, quâ jura defuncti retrò, à morte ejus ab hærede acquisita censentur (licet reverâ à tempore aditionis acquisita sint) tempora enim continuantur, *l.* 138. *de R. I. l.* 54. *de acq. hæred.* cujus hic effectus, ne ullo tempore hæreditas jacuisse intelligatur, *d. l.* 38. add. notata *infr. adt. de hær. instit. n. h. ad verba: & etiam vivente patre. Diss. de jur. in re edit. noviss. concl.* 6. *n.* 11. 28. 29. 36. Attamen *possessio per aditionem non transit*; ratio differentiæ est, quod *dominium & cætera sint juris, possessio verò facti, maximè quoad acquisitionem.* Hinc & *in extraneo, & in suo hærede* præter aditionem possessionis apprehensio requiritur, *l.* 23. *de acq. poss. l.* 1 §. 15. *si is qui test. lib. esse.* Confer. Myns. 3. *obs.* 38. Gail. 2. *obs.* 129. Atque ita pronunciatum in collegio juridico Helmst. *ad requisitionem Caspari* Zeisen *Hallensis, anno* 1604. *d.* 24. *Junii.* Endlich thut nach der Rechtslehrer besserer und bewehrter meinung die possessio so des defuncti gewesen / auff den hæredem, auch suum, nicht kommen / sondern wird dazu eine apprehensio der Güter erfordert. V. R. W. Nec officit quod contrarium asserit Carpzov. *p.* 3. *dec.* 234. q. per consuetudinem generalem aliud inductum fuerit. Isthæc enim consuetudo, licet fortè in Gallia aliisque locis obtineat, apud nos nunquam invaluit, minimè gentium verò in illustri Ducatu Wolferbytano unquàm probari potest: vid. Dissertatio Dn. Generi hoc nomine contra Carpzovium habita, *de Transitione possessionis in hæredes* anno 1655. d. 27. Sept. In Acad. JULIA. Cæterùm prædicta etiam in feudis obtinet, *arg.* 2. *F.* 7. §. 1. Frockelth. *disp. feud.* 9. *th.* 24. Quomodo respondit modò laudata Fac. Hildesium A. ad D. G. m. oct. 1647. Hæreditatis autem necdum ab alio occupatæ possessionem vacantem propriâ autoritate posse apprehendi, indubium est, *l. cum hæredes de acq. poss. v.* Thom. Merckelbach. *apud Klock. cons.* 7. *n.* 43. Porrò competit hæc actio non nisi *hæredit. aditâ*: Ideoque cessat 1. quandò non adita 2. adita quidem, sed acquisita insuper ejus possessio. Primo casu propterea, *quia non adita hæreditas est jacens & res nullius*, unde tum ejus nec hæres, nec jus hæreditarium, consequenter nec hæreditat. petitio. Dicitur autem jacens hæreditas, in causa testati præcipuè à die mortis defuncti, usque ad tempus quo aperiuntur tabulæ testamenti, *arg. l.* 1. *quem test. aper.* In causa intestati, quamdiu hæres nescivit jus succedendi ad se devolutum, *l. f.* §. 1. *vers. similique modo. junct.* §. 11. *C. de jur. deliber.* Diss. Fr. de Amaya 5. *obs.* 2. *n.* 16. putans dari hanc act. etiam de hæred. jacente vel nondum delata; Ad quod respondimus *ad Struvii diss.* 7. *aph.* 2. *addit.* 1. Altero casu rationem putat Autor, quod acquisita jam semel, quoad jus & possessionem hæreditas desierit talis esse, & factum sit hæredis patrimonium, sec. Gail. 2. *obs.* 148. Fr. de Barr. *de succ. test. & int. lib.* 11. *t.* 15. *n.* 6. Verùm si hæres semel acquisitam possessionem iterùm amittat, & alter se pro hærede vel pro possessore gerat, certè durum est, acquisitam possessionem tantùm hæredi nocuisse, ut propterea difficilem dominii probationem subire, & rei vindicatione rem amissam repetere debeat. Exindè æquior videtur distinctio Bachov. *ad Tr. de R. V. th.* 4. *A. in fin.* Amissa nimirum hæreditas ab alio possidetur vel pro hærede, aut pro possessore, vel titulo singulari: illo casu hæreditatis petitio adhuc competit, *arg. l.* 9. *de except. rei judic.* secundò verò rei-

Quomodo dominium in hæred. per aditionem transferatur.

Secus ac possessio.

Et in suo hærede.

Etiam in feudis.

Hæred. vacans.

Non datur hæc actio hæreditate non adita.

Nec adita semel & poss. acquisita.

Æquius distinguitur.

vandi-

Locus ubi agendum de hæred. duplex, domicilii & rei sitæ.

vindicatio. Cæterùm locus ubi instituenda hæred. petitio, vel est locus domicilii defuncti, vel ubi hæreditas sita. De illo nullum est dubium; quod modus sortiendi forum sit communis. De hoc id probatur (1) per *l. un. C. de hæred.* (2) quod quæcunque actio in rem possit proponi in loco rei sitæ, *l. f. C. ubi in rem.* multò magis ergò mixta, in qua quod realis sit, est præstantiùs. Non officit quod sec. Donell. hæreditas non possit dici sita: *quia in intellectu existit, non minùs quàm illud, quod corpore destituitur, ut servitutes atque alia jura.* Neque etiam in contrarium facit quod opponit *b.* Bach. *in d. l. un. C. ubi de hæred.* proponi locum domicilii & rei sitæ, sed ita si reus possessor hæreditatis, ibi degat; *nemo autem possit esse in pluribus locis.* Quippe jam constat ex obs. *ad fin. t. de judic.* de foro rei sitæ, quod in eo non requiratur ut domicilium is ibi habeat, ubi quis ob rem sitam convenitur, *l. f. C. ubi in rem.* Ergò nec hîc. Et ideo Gl. *d. l. ult.* rectè interpretatur, *maxime* si ibi degat, neque enim necesse hoc est, ut ibi degat, cum hoc rei sitæ sit accidens.

Datur hær. petit. contra possidentem pro hærede vel pro possessore. Qui hic pro hær. possideat.

N. X. *Adversus eum*) Datur hæc actio adversus eum, qui pro *hærede*, vel *pro possessore* possidet. Pro hærede possidere aliquando est ex titulo aliquo idoneo ad usucapiendum, rem habere, ut sumitur in materia dominii & usucapionis, & proficit ad rem usucapiendam, *t. t. pro hæred.* Hic significat *falsum titulum, vel erroneum*, & pro hærede est *falsus hæres*, ut aliàs pro tutor qui falsus tutor est. Pro hærede itaque possidere dicitur (1) qui *titulum hæredis prætendit*, & putat se hæredem esse, cum tamen non sit, vel (2) per *mendacium dicit se esse hæredem*, cum sciat se talem non esse, *l. 11. pr. b. t.* Hæredum autem nomine venit b. poss. & fideicommissarius, *d. l. 11. in fin.*

Qui pro possessore.

Pro *possessore* possidet hic (1) qui *nullum titulum* prætendere potest, aut prætendit nullum, *d. l. 11. §. 1. l. 12. & l. 13 pr. eod.* (2) qui *juris interpretatione pro possessore* possidere intelligitur, ut qui *dolo desiit* possidere, *l. 13. §. 14. b. t. l. 87. §. 3. de R. V.* aut liti se obtulit; hic enim quasi possidens tenetur *d. l. 13. §. 13. b. t.* (3) qui debitor hæreditarius; quia est q. juris possessor, *d. l. 13. §. f. b. t.*

Quomodo talis etiam debitor hæreditatis.

Dicitur autem hic possidere *plane impropriissimè* jus debiti, sec. Gl. in *l. 9 b. t.* Et rectè ait Wesenb. hunc *pro possessore haberi*, quat. sc. debitor hæreditarius non conveniri possit hæred. petitione, nisi petenti controversiam hæreditatis moveat, pro hærede se gerendo, *arg. l. 42. b. t.*

Non datur contra titulo possidentem.

Contra regulariter non datur hæc actio contra possidentem *titulo singulari*, e. g. pro empto, pro donato, *l. 25. §. 1. b. l. 4. C. in quib. caus. cess. long. temp. præscr.* & quia *reus in excipiendo debet actori contradicere: contraria autem non sunt esse dominum & esse hæredem: sed si reus dicat se pro hærede vel pro possessore possidere*, vel utrumque se dominum esse; tum verò quia *si reus titulum parem vel æqualem alleget, res ipsi non auferenda, sed ejus ut possidentis potior ratio est.* Utitur itaque hæres tum speciali in rem vindicatione, *d. l. 4. l. 7. C. b. t. l. 2. C. eod.* cui eò facilius formandæ reus conventus possessionis suæ titulum edere tenetur, nisi succumbere velit, *l. 11. C. d. t.* Conf. *l. 13. §. 4. 5. 8. 9. & §. 1. b.* Dn. Frantzk. *comm. n. 13. & seqq.*

Neque contra possidentem in solidum semper.

Cæterùm licet hæres hæreditaria bona omnia possideat, & succedat in omnia defuncti jura non tantùm activè, sed etiam passivè, *§. non autem de perpet. & temp. act.* Dn. Mev. *p. 2. decis. 147. n. 1.* tamen si hæres est pro parte, actione personali in solidum conveniri, propterea quod bona possideat, non potest, Id. Dn. Mevius *p. 1. decis. 115.* add. Thom. Meickelbach. *ap. Klock. 2. cons. 83. n. 44. & seqq.* Ita etiam hæreditatis possessor, pro hærede non habendus est (quamvis regulariter pro tali censendus sit, *l. 20. l. 88. de acq. hæred.* & tanquam hæres condemnandus, A. Fab. *l. 6. C. l. 12. def. 1.*) si vel hæres esse non potest, vel etsi possit, tamen declaratum est hæreditatem esse jacentē, nempe dato curatore, vid. Fab. *l. 7. C. t. 19. def. 17.* Dn. Mev. *p. 1. dec. 166.*

Possessores b. vel m. f. quid hic restituant.

Quat. sc. locupletiores facti) Qui m. b. f. hic possessor, rectè exponit Wes. Inter eos id interest, quod *ille quæcunque possidet teneatur restituere, quæque in suos usus convertit aut quacunque ratione percipere potuit aut possidere desiit*, *l. 20. §. 6. l. 25. §. 2. l. 35. §. 5. b.* Ita respondimus in nostra Fac. Jurid. Hæredibus Hartmannianis Halberstadium, an. 1646. d. 3. Octob. verb. So hat die verstorbene / so wohl vermög gemeiner beschriebenen Käyserl. als der Sächs. Rechte / ihre gäntzliche Verlassenschafft auff ihres Vatters Schwester Kinder als näheste Blutsfreunde / nach Hauptzahlen vererbet / und seind deren Vatters Schwester Tochterkind / und Vatters Schwester Sohnskind nicht allein dazu nicht zuverstatten / sondern auch das jenige / welches sie auß der Erbschafft an sich gezogen / cum fructibus perceptis & percipiendis, den rechten Erben zu restituiren, oder den billigen wehrt dafür zu erstatten schüldig. V. R. W. Hic *restituit res possessas tempore rei judicatæ; & si ubi non extent, quat. ex iis factus est locupletior*, *d. l. 20. §. 6. v. eos. l. 25. §. 11. l. 36. §. 4. eod.* Nec officit, *§. 35. I. de rer. div.* quasi petitor ob fructus consumtos non possit agere, & possessor eos habeat cum causa, sc. ex bona fide, *l. 4. §. 2. fin. regund.* Nam distinguendum, inter b. f. p. qui *titulo universali* possidet, & illum qui *titulo singulari*: ille etiam fructus consumtos illos restituit, ex quibus factus locupletior, *arg. l. 25. §. 11. b. l. 1. C. eod.* hic saltem extantes. *d. §. 35.* Ratio differentiæ est, quod in judicio hæred. petit. possessor etiam teneatur ex q. contractu; ideoque actione etiam personali conveniatur, ratione consumtorum, ne, contra principia justitiæ, fiat pluris usurpator: at rei vindicatio, cum non mixta sit sed purè realis, pro re corporali extante saltem competit, non pro fructibus consumtis, *l. 1. & t. t. de rei vind.* Conf. Besold. *delib. hoc t. n. 32.* Cæterum prædicta obtinent in b. f. possessore quoad gesta ante litem contestatam, post hanc enim par ferè ejus cum m. f. possessore conditio est, *d. l. 5. §. 6. §. f. l. 25. §. 2. l. 35. §. 8. f. l. 23. §. 3.*

Datur hæc actio non nisi de hæred. defuncti.

N. XII. *Defunctum esse eum*) Quod probare petitor debet: Unde si putet hominem vivere, quamvis defunctus sit, non rectè agit, propter læsam quam habet conscientiam, *l. 32. de acq. hæred. l. 3. & 4. C. de postl. rev.* Probatur autem mors non solùm per testes qui sepulturam viderunt, sed & qui asserunt famam certis autoribus natam, *arg. l. 5. C. solut. matr.* aliasve conjecturas probabiles: etiam per *testimonium Ducis militiæ, licet juratum*, vid. Dn. Carpz. *decis. illustr. Saxon. 24.*

Cautela cognati pro bonis cognati absentis conservandis.

Attamen concedi possunt diu absentis bona *proximo cognato futuro alioqui hæredi*, ut *curatori bonorum*: ita ut is præstet cautionem sub hypotheca omnium bonorum *possessori & magistratui*, se bona absentis recipere ad custodiam vel curam. *Et tum redeunti restituere tenetur, atque ad reddendas rationes ipsi est obstrictus; Si verò absens non redeat, bona illa retinere potest. Et hoc ex principiis cautionalibus ortum, insigne est remedium hodie, ubi in bello Germanico diu aliqui abfuere, & revera quidem fuerunt mortui, sed mors probari nequivit.* fundatum *in d. l. 3. C. de postlim. rev.* quodque sæpissimè memini usurpatum. Conf. modò D. Christoph. Phil. Richter. *p. 1. dec. 65.* Dn. Mev. *p. 2. dec. 13. 14. & 61.* Dn. Brunnem. *in d. l. 3.* ubi & alios citavit.

Deu-

Fructus hic veniunt jure actionis.

Deinde officio judicis) Verùm non solùm restitutio rerum hæreditariarum, sed & fructuum & accessionum venit, jure & ex natura hujus actionis mixtæ, *l.* 25. §. 18 *h. t.* non verò officio judicis, quod hic nullum nisi institutæ actioni deserviens, ideoq; mercenarium, *arg. l.* 25. §. 8. *de adil. edict.* Matth. Steph. *de offic. jud. f. d. c.* 7. *n.* 35 *in f.*

Necesse quandoq; exprimere causam testati vel intestati.

Utrum ex testamento) Attamen possessore negante jus petitoris, fieri non potest, quin hic necessario causam petendi specialem, testamentum scil. aut legem in judicio dedocere teneatur; moltò magis hoc opus erit in puncto probationis. Ideoque consultius putat Treutl. *not. aur. ad intr. pr. Vult. c.* 22. ut statim exprimatur, si petitor sit hæres ab intestato, vermög ungezweiffelter disposition rechtens; vel si ex testamento sit talis, vermög eines beständigen von erwelteem verstorbenen auffgerichteten letzten willens / dessen original cum copia Kläger hieben übergeben hat; Coof. Bach. *not. lit. E ad Treutl.* 7. *A.*

TITULUS IV.

Si Pars hæreditatis petatur.

1. *Continuatio.*

Est cum non tota hæreditas, sed aliqua ejus pars petitur, nec enim omnes ex asse, sed alii ex aliis partibus instituuntur, aut existunt ab intestato hæredes.

2. *Idem juris in parte, quod in toto.*

Qua quidem in petitione, idem juris observatur in Parte quoad partem, quod est in toto quoad totum, *l. qua de tota* 86. *de rei vend.*

3. *Actorem*

Sciendum autem est, eum qui totam hæreditatem vel partem ejus petit, ius non ex eo metiri quod possessor occupavit sed ex suo jure: & ideò sive ex asse hæres sit, totam hæreditatem vendicaturum, licet reus unam tantum rem possideat: sive ex parte, partem, etsi possessor totam hæreditatem obtineat, *l.* 1. §. 1. *hoc t.*

suo jure metiri actionem.

4. *Principaliter petitione in id agi, ut actor hæres declaretur.*

Ex quo intelligi licet, non principaliter hac actione in hoc agi Ut bona restituantur: alioqui non liceret amplius a quoquam petere, quam possideret, & restituere posset: verum ad illud, ut actor hæres declaretur, eique ut hæredi & domino bona per consequentiam & accessionis vice restituantur.

OBSERVATA.

Et hæc actio est universalis.

N. III. *Sed ex suo jure*) Ideoque & hæc est universalis actio (1) ratione petentis, qui prætendit jus hæreditarium *l.* 1. §. 1. *h.* (2) ratione objecti seu rei quæ petitur. Quamvis enim videatur res esse particularis, quâ absolutè consideratur: tamen est pars totius, & ejusdem cum toto qualitatis, *arg. l.* 21. *de leg.* 1. Quo pertinet Responsum Fac. nostræ in Sachen Schlüters contra Müllers Witwen zu B. de a. 1646. d. 22. Apr. verb. Ist Kläger den beweißthumb / daß nemlich sein Haußfraw ihre völlige quotam von Vätterlichen Gütern nicht bekommen habe / uber sich zu nehmen nicht schüldig: sondern wil beklagtinnen obliegen / ein inventarium oder aydliche specification aller Müllerischen Güter zu ediren, und Klägern an stat seiner abgelebten Haußfrawen ihren völligen erblichen antheil / factâ dotis collatione zu restituiren und absolgen zu lassen. Et gemina est sententia anno 1621. d. 8. Julii pronunciata in Dicasterio nostro Wolfenbyttano, in Sachen Lahen contra Riemerdes: daß Kläger nebst den beklagten ihres Großvatters Johan Riemerdes rechte und wahre Erben: und daher beklagte ihnen ihren antheil an Großvätterlichen Verlassenschafft cum fructibus perceptis; jedoch gegen mit abtragung der Schulden und Beschwärungen / vermittels eines richtigen Inventarii, oder in mangelung des / einer aydtlichen delignation, heraus zugeben und folgen zu lassen schüldig seyn. Addi modò meretur quoque D. Klock. 3. *cons.* 114. *n.* 1. *& seqq.*

TITULUS V.

De Possessoria hæreditatis petitione.

1. *Continuatio.*

Ordinarium fuit post civiles actiones hæredibus propositas, rationem habere Prætorem etiam eorum, quos ipse velut hæredes facit: hoc est, quibus bonorum possessio data est, *l.* 1. *hoc tit.*

2. *Qualis sit hæc actio.*

Bonorum possessio nihil aliud est, quam jus (hoc est facultas) persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quæ cujusque cum moreretur, fuit, à Prætore inductum & concessum, *l.* 3. §. *bonorum* x. *de bonor possess.*

3. *Cui adversus quem, ad quid detur.*

Bonorum igitur possessoribus, quos Prætor non minus tuetur quam jus civile hæredes, *vide Inst. de bon. poss.* datur Possessoria hæreditatis petitio: per quam tantundem consequuntur, quantum superioribus civilibus actionibus hæres consequi potest, *l.* 2. *hoc tit.* Itaque quæ in iis valere & usurpari diximus, in hac quoque locum habebunt, ut eadem rursus repetere, nihil sit necesse.

OBSERVATA.

Hæreditas & b. possessio ut differunt.

N. II. *Quam jus*) Propriè differunt hæreditas & bonorum possessio, *pr. vers. quos autem I. de bon. poss.* Generaliter tamen hæreditas bonorum possessionem continet, *l.* 138. *de V. S.* & in effectu idem est jus bonorum possessoris & jus hæredis *l.* 2. *h. t.* Possessio autem hîc significat jus habendi, *l.* 3. §. 1. *de bon. poss.* & bonorum possessio dicitur jus persequendi, non quod sit jussum agendi, sed *jus propter quod* persequimur & retinemus, ceu hæreditas est jus propter quod dicimus hæreditatem nostram esse, *l.* 10. §. *de hæred. pet.*

controversiæ declarari, *l. & ex diverso. 35. §. 1. hoc t. l. sicut. 8 §. sed si quæritur. inf. si ser. vend* & eam officio judicis a possessore sibi restitui, *§. 1. Instit. de actio. l. qui restituere 68 hoc t.*

3. *Causa efficiens, & cui datur.* Causa efficiens hujus actionis est Jus civile, & Lex XII. Tab. à qua est introducta, *Gell. lib. 20. c. 19.* licet eam prætor, penes quem dandæ actionis erat potestas, se daturum polliceatur: *l. prætor. 75. hoc tit.* Qui porro eam in judicio proponit atque agitat, est is qui vel jure gentium vel civili dominium acquisivit, *l. in rem actio. 23. 24 prius h. tit. vide Iaf in l. naturaliter §. nihil commune, num. 25 de acq. poss.* etiam revocabiliter: *l non ideo 66. h. t.* nulli enim alii quam domino competere, aut utilis esse potest *l. si C. eod.*

4. *Adversus quem.* Adversus eum autem proponitur, qui nullo quidem jure nobis obligatus est, sed rem quam postulato intendimus, possidet, *l. officium. 9 l. is qui dessivit vel 24. h. t. l. uni C. de alien. jud. mut. caus. fact.* aut dolo possidere desiit, *l. sin autem 27 §. 2. h. t.* sive ante, sive post litem contestatam possidere aut detinere desierit: ut verior est Bartoli opinio: *Bart. & Dd in l. 2. 3. l. quia §. fin. de alien. jud. mut. per l sin autem § sed & is 7. hoc tit. contr. Panorm. c. 1 in 2 opp. de alien. jud. mut. caus. Iaf & Zas in §. 1. Instit. de actio.*

5. *Materia, & quæ res vendicari possint.* Materia de qua hæc actio proponitur, sunt omnes res corporales, *§. 1. in verb. corporalem quod ad hoc not. gl. Fach. nu 26. Iaf num. 109. Inst. de act.* quæ dominio alicujus contineri possuntque possunt, *l. 1. §. 1. hoc t.* tam mobiles quam soli: *d l 1.* nec modò singulæ res per hanc actionem vendicantur, sed etiam quandoque universitas: ut grex, armentum, equitium, *d. l. 1. § fin. cum ll. seqq. &c.* quæ tamen universitas juris non sit, ut hæreditas, sed specierum corporalium. Nam jura incorporalia peti non possunt rei vendicatione: primum, quoniam olim necesse erat exhiberi in judicio, ac quasi manu teneri atque asseri, quod vendicaretur, *tot. tit. ad exhibend.* ut Cic. pro Murena, Livius, & alii multis locis ostendunt, id quod in rebus incorporalibus obtineri nequit, quæ sub aspectum sensumque non cadunt. Secundò, quia vendicatio tantum contra eum datur, qui possidet aut detinet, *l. unic C. de alien. jud. mut.* ut supra dictum est: atqui incorporalia propriè neque tenentur, neque possidentur, *l. sequitur 4 6 si viam. de usucap. l. 3. in prin. ubi gl. de acqui poss l servus, 43 § incorpor. de acquir. rerum dom.* eoque nec vendicationi revera patere possunt, *Fab. in §. 1. nu. 26. Inst. de act.* Actionibus tamen realibus effectu vendicantur *inf. si ser. vend & usufr. peta. § æque Inst de act.* unde triplex vendicatio perhibetur, Proprietatis, Servitutis, & Pignoris, *l. 3 §. est autem §. Pomp ad exh. Cujac. observ. lib. 5. cap. 39.*

6. *Forma instituendæ vendicationis.* Forma vendicandi olim multiplex fuit, & solennis, *Cic. pro Muren. Gell lib. 20 cap. 10 Hopp lib 3. ad Pand.* quæ cum reliquis formulis & impetrationibus antiquata est, *tot. tit. C de for. sub.* hodie ita agitur, ut actor in libello proponat se esse dominum, vel quasi (nam Publicianam adjicit rei vendicationi propter difficultatem probandi dominii, *vide Dd in l. 4. & l. cum res, 11 C de prob* ultimario est, *c. abbate sanè circa fin de re jud. in 6.*) & aut causam sui juris exprimat, aut omne jus suum, nulla causæ specialis dominii mentione facta, in judicium deducat, prout illi commodum erit: (utrumlibet enim licet, *d. l. abbate. l. & an eadem, 14 l si mater 11 § eandem, de except. rei jud.* etsi aliter in personalibus observetur, *Dd. in l. 1 sup. de edend & in l. 2. C ut nem priv.*) & quia dominus sit, sicuti & declarari cupit, ab adversario qui possidet, rem suam petat sibi restitui, *d. l. qui restituere. d. l. unic vide Fere in prac in for lib ac rea. decla.* Potest etiam postulari cautio, de re quæ vendicatur conservanda: quam si exhibere possessor tergiversetur, in agentem transfertur possessio, *l. 1. C uti possid. Paul lib. 1 sen. ubi Cujac.*

7. *Quid sit restituendo.* Restituendi verbo totam rem cum sua causa, id est, utilitate, quæ ate causatur & provenit, *l. Julian. 17 l prat 20. l si pascua, 62 hoc t. l. 5. § 5. si ususfr peta.* complectimur, *d. l. præt. 1 ea l. in condemnatione, 137 § cum verbum de reg. jur.* l eoque si dolo culpave possessoris res perierit, vel deterior post litem contestatam facta sit, vel si fructus percepti, aut aliud emolumentum è re natum sit, ratio horum omnium officio judicis in restituendo habebitur, *d. l. fructus, 13 d l. prætor l. non solum, 13 h t* Deco officio judicis horum rationem haberi: quia judici, statim atque de causa cognoscere incipit, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in judicio versentur: *l ædiles, 25. § item sciendum, 4. de ædil. edict.* ea vero quæ ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta: *d § item* quamobrem fructus, non quidem pendentes (nam hi pars fundi sunt *l. fructus 44 hoc t.* eoque petitioni fundi insunt) sed percepti ante litem contestatam nominatim erunt petendi: *l partum 10 de usur Felin in c. inter nom. 2 de fid. instrum. Bald in l. Amphorem, in prin. C de appell. vide quæ dixi in §. si quis à non domino Instit. de rer. divis.* qui quidem a bonæ fidei Possessore præstantur quatenus extant: *l. certum, 22. C. de rei vend d. l. fructus, 45 de usur. l. bona fidei 48. § in contrarium, 1 de acq. rer. domin d. l fructus, 13. l si navis, 62 h t l bona, 136. de reg. jur. vide Instit de rer divis. d §. si quis à non domino* nam consumtos propter bonam fidem lucrari eum æquius est *§. etsi hereditas, Instit. de off jud. d. l. certum.* a malæ autem fidei possessore omnes indistinctè, non modo qui percepti consumptique sunt, sed etiam qui percipi potuerunt, *l. mala fid. 3. C de cond. ex leg. l. si fundum, 17. C de rei vend d. l. fructus, 33 §. si quis à non domino, Inst de rer. divis.* Qua de re variè ex complexu personarum & rerum, bonus judex constituet: *l. in fundo 39. hoc t.* atque adeo impensas a bonæ fidei emptore factas, deducet, *d. l. in fundo.* jure nostro, quamvis moribus Saxonum aliud videatur inductum. *Reinhar. diff. 3 a part. ul. per art. 46. Land lib 2.* Illud etiam ad formandam rectè hanc actionem omnino opus est, ut res quæ vendicatur, finibus, nomine, qualitate, forma, aliisque accidentibus ita exprimatur & designetur, ut qua de re sit lis & quæstio, certo constare possit, *l si in rem 6. hoc t. vide Spec. lato declaratione, tit. de lib. concep. § juxta, num. 17 cum seq Iaf. in §. 1 Instit. de act Farr. in for lib. act real.*

8. *Finis ejus actionis.* Finis hujus actionis est, ut vero domino res sua restituatur: & quisque suum teneat: qui nervus est publicæ tranquillitatis.

9. *Effectus.* Effectus est, ut impleta approbataque actoris intentione, *l. fin. C eod* reus condemnetur ad faciendam restitutionem quæ quidem eo qui supra propositus est modo, & quidem statim erit facienda) nam vero domino res sua quam ocissime est restituenda) nisi ex probabili causa dilationem judex indulgeat: *§. 1. Instit. de off jud* quamvis in personalibus quatuor mensium spatium indistinctè condemnato detur, *l. 2. & 3. C. de usur. rei jud.* Quòd si quis non pareat restituere jussus, manu militari ex officio res ei auferenda, *l. qui restituere. 68. hoc t.* Est enim judicis, sententiam suam imperio exequi, *l. à divo Pio. 15. de re jud. tot. tit. Ne vis fiat ei, &c.*

10. *Contraria.* Contraria, & exceptiones rei vendicationi variæ objici possunt: *vide Ferr. in for. opp rei*, sed præcipuæ sunt, Exceptio dominii, si reus contra se dominium esse intendat: *§. 1. Inst. de act. l. circa de probat. ubi gl.* item Præscriptionis, quæ bifariam proponitur. Uno modo, cum reus se rem ac ita simul actionem, *l. hæreditatis 7. in fin C. de pet. hæred l 4. in fin C. In quib. caus. cess. long. temp. præscript. § ultra ubi Cujac. Nov. 119.* sicut in confessoria, *l. pen. C de servit. l. corruptionem 16. C. de usufruct.* præscripsisse dicit: quo casu sufficit decennii vel vicennii præscriptio: *l hæreditatis. 7. C de pet. hær. tot. tit. C. de long. tempor. præscr. ita accipe l. 3. Cod. de præscript. 30 anno. qua dum vult actiones reales durare 39. annos, non negat præscriptione celeriori præscribi l. 4 C. in quibus caus. cess. long. temp. præscript. d. l hæreditatis 7. C. de pet hæred. quam distinctione probat. § ultra. Nov 119 l. corruptionem, ubi Bald. ejus rei rationes affert. C. de usufruct.* altero, cum non allegat usucapionem rei, forte quia non potest, ut si mala fide, aut sine titulo possedit: attamen dicit, actioni præscriptum esse, quo casu non sufficit longum tempus, sed 30. annorum possessio erit objicienda, *l. sicut 3. Cod. de præscript 30 annor.* Est & illa utilis exceptio, Si reus se possidere neget, *l. qui petitorio, 36. hoc titul. l. si à te 9 de except. rei judica.*

O B S E R V A T A.

Actiones real. ex dominio. Quomodo hic sumatur dominium.

N. I. *Rei vindicatio) Post petitiones hæreditatis sequuntur judicia in rem, orta* ex Dominio, Rei vindicationes. *Dominium* quot modis sumatur JCtis, dicemus *ad t. de acq. r. d.* Hic sufficit notasse, quod, quà *jus in re est* est (nam aliquando jus circa rem in genere denotat, *ut l. 22. 23. C. de proc.*) 1. latè significet *jus ejusmodi quodcunque in re, arg. l. 19. §. 3. de castr. pec. l. 3. si ususfr. pet. & similibus.* 2. speciem juris in re illam, quæ singulariter venit nomine dominii, & reliquis ejusdem generis opponitur, *l. 13. §. 1. de damn. inf. l. 2. §. 1. si servit. vind. l. 13. §. 1. C. de judic.* (quidam enim in re aliquid jus habent, *l. 19. pr. de damn. inf.* quidam sunt domini corporis, seu habent jus in re totum. Illi dicuntur creditor, fructuarius, superficiarius, *in l. 19.* hi vocantur domini corporis *in d. l. 13. §. 1.* & absolutè domini, *d. l. 1.* liqq; ipsi tamen non minus jus in re habent, quia & Dominium in corpus (substantiam rei) comparatum, in re jus est, *l. 15 §. 33 de damn. inf. l. 1. 2 3. C. de jur. domin. impetr. l. 3. de præscr. 30. vel 40. ann. l 11. C. de act. empt. l. 6. C. de pact. int. empt. & vend. comp.* Adeoque *in l. 13. §. 1. de damn. inf.* jus in re aliquid, specialiter sic dictum, non verò jus in re ut est genus, dominio contra distinguitur, Jus namque in re est vox generis & speciei, ut adoptio, cognatio. Quomodo domin. defini-

definitur jus in re (facultas, quo res corporalis propria est, vid. Dissert. nostra) de jure rer. *concl.* 35. 36. & 37. Vindicatio latissimè accipitur *pro jure persequendi*, seu actione, etiam personali, & ex delicto, ut *l. 2. §. f. 5. de judic. N. 162. c. 1. l. 11. & sub f.* Rei vindicatio in genere est *juris in re assertio*. Et sic vindicatio denotat actionem in rem scil. realem ut condictio personalem, *§. 15. I. de Act. l. 25. de obl. & A.* Eodemque sensu extenditur hæc significatio ad hæreditatis petitionem, & hypothecariam, *l. 25. §. 18. de hered. petit. l. un. §. pen. de remiss. l. fin. de pignorat. action. l. 16. §. creditor, de pignor. l. 7. C. de O. & A.* Quin sic demum verum est, quod nonnullis dicitur. vindicatio alia universitatis, quæ peculiari nomine vocatur hæreditatis petitio; alia rerum singularium; hæcque vel corporalium, ut rei Vindicatio specialis, vel incorporalium, ut actio confessoria. Quomodò sentit Wes. *supr. num. 2. de inofficios. test. & num. 5. h. t.* & ad mentem nostram exponit Suthult. *diss. 17. aph. 36. & seqq.* inquiens, *actionem in rem competere vel pro universitate rerum, vel pro rebus singulis; illam esse hæreditatis petitionem, hanc, quæ de rebus corporalibus, rei vindicationem in specie sic dictam, quæ verò de incorporalibus, confessoriam & negatoriam, arg. l. 1. pr. h. t.* Secundò specialiter rei vindicatio est dominii seu proprietatis assertio, *per §. 1. I. de Act. & l. 1. §. 1. h. t. l. 73. eod.* Quam propriam esse significationem & historia juris testatur, (Vid. Gel. 20. *noct. Att. 9.* Gothofr. *h. rubr. lit. A.*) & illud quod hic non agatur de rei vindicatione, voce generis, sed ut actione in rem, specie à cæteris distinctâ. Atque hinc non placet Bachov. *in not. h. ad num. 2.* dicens, *Vindicare esse quid sibi adserere*; hoc enim actioni in rem omni, non illi modò, quæ ex dominio commune est, *arg. l. 10. §. 1. de hæredit. petit. §. 1. & 2. 3. & 7. I. de act.* Et si jura realia, forma invicem differentia, aliis atque aliis in rem actionibus petuntur, ut constat certissimis juris principiis, *d. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7. & seqq. I. de action.* ejusmodi etiam actiones neutiquam sunt confundendæ.

Quomodo vindicatio.
Quomodo rei vindicatio 1. pro actione reali.
2. pro rei vindicat. in specie sic dicta.

N. II. *Officio Judicis*) Si merum seu nobile, ut videtur, intelligit, falsum est, quia restitutio hic fit jure & vi actionis institutæ f. præcedentis rei vindicationis, *arg. l. 57. h. t. junct. l. 25. §. 8. de Ædilit. Ed.* Et LL. oppositæ non de alio quàm mercenario judicis officio sunt intelligendæ. Neque hic agitur ad mulctam ratione contumaciæ pœnali judicio de quo est, *l. un. si quis jus. dic.*

Restitutio rei hic fit jure actionis.

N. III. *Licet eam prætor*) Rectè. *Neque enim exinde Prætoria est*, ut quidam opinantur, *per cit. l. 75. h. tit.* Quia originem suam accepit *à L. XII. tabb. & introductam ita in albo suo Prætor inter reliquas proposuit; omnibus enim præfuit & petentibus eas dedit, vel pro re nata denegavit*, jus civile adjuvando, *l. 7. §. 1. de I. & I.* exemplo *l. 1. commod. l. 1. depos. & sim.* Quâ ratione itaque, secundùm Bachov. *h.* ineptè adducat Autor *d. l. 78. h. t.* equidem non video; *Nam & illa actio realis, quæ superficiario datur, utilis est & ex l. 12. tabb. per interpretationem; quamvis Prætor eam suo edicto inde proposuerit, arg. l. 1. §. 3. de superf. l. 74. h. t. Conf. not. ad tit. 5. supr. de hered. petit.*

Civilis est non Prætoria, licet Edicto sit proposita.

Dominium acquisivit) Causa enim hujus actionis efficiens propinqua est Dominium in specie sic dictum, Eigenthumb/Eigenthumliche Gerechtigkeit/ *arg. l. 23. h. t.* Quæ *princeps & excellentior juris in re species* est. Licet namque jus hæreditatis valde amplum sæpè existat, cætera in rem sicubi penes defunctum fuerunt, omnia complectens, dominium tamen reliqua illa jura virtualiter comprehendit. Quicunque enim rerum suarum dominus est, lege aliâve ex causa alienare non prohibitus, is alterum, si velit, ejusdem rei vel dominum facere potest, *§. 41. & seqq. de rer. divis. l. 20. de acq. rer. Dom.* vel hæredem, *l. 1. C. de SS. eod.* vel ejus possessionem alteri concedere, *d. §. 41. junct. l. 18. de acq. possess.* aut servitutem *2. F. 3. §. res autem v. quid ergo si pretio* vel pignus *aut* hypothecam *l. 2. l. 6. Si alien. res pign. l. 18. de pign.* Quin cum in rei substantiam comparatum sit Dominium, effectu quoque antecellit aliqua jura in rem, in accidentia rei tantùm comparata, *arg. l. 13. §. 1. de damn. infect.* Per dominium enim res est in arbitrio possidentis. Quod insinuat Aristot. 1. *Rhet.* 5. dicens *secura esse, quæ eo in loco & eo modo possidentur; ut in possidentis usum eorum, cum propria sunt, atque terminum proprietatis, cum ex habentis arbitrio pendet alienatio.* Explicatiùs id ita proponimus. Duas certè licet q. partes hujus juris, afficientes rem in qua jus illud est. *Proprietatem in specie sic dictam*, & pot[e]st[a]tem *utendi fruendi*, *arg. §. 44. & seq. de rer. divis. l. 36. de acq. rer. dom. l. 25. de V. S.* Et has partes quis vel junctas habet; vel alteram tantùm sibi retinet, alteram aliis concedit; vel perpetuò & simpliciter cum potestate alienandi; vel ad certum tempus & sub conditione alienatione prohibitâ, prout commodum visum fuerit. In thesi enim verum est, vel etiam de pleno Dominio, quod Arist. *d. l.* habet, terminum proprietatis esse, cum ex habentis arbitrio pendet alienatio. Quidam enim dominii sunt utiles, vulgò dicti, aliive, quibus lege, testamento vel conventione interdicta est alienatio. Videsis *Animad. nostr. 4. ad Suthult. diss. 4. aph. 3. post dissertat. de jure rer.* Et ex his principiis promanant diversæ dominii divisiones, quæ & variant actionem inde descendentem, rei vindicationem. Hinc enim dominium (1) aliud verum, aliud Fictum. Illud, quod jure Gent. vel civili verè acquisitum. *§. 11. & seqq. de rer. divisione.* Hoc, quod reverâ non est, sed acquisitum vel non amissum fingitur, *arg. §. 3. de act. l. 48. de acq. rer. dom. l. 136. de R. I.* 2) Aliud integrum seu *Plenum*, aliud *minus plenum*. Illud *cum quis & rei proprietatem habet & omne ejus emolumentum*. Hoc, *cum alterum horum tantùm*: Ideoque hoc iterum vel *directum*, daß Ober: oder Mehrer: Grund Eigenthumb/ unde dominus directus vel proprietarius der Eigenthumbherr simpliciter, vel etiam der Erbherr. Joh. Jacob. Speidel *in not. ad thes. pr. Besold. lit. F. num. 49.* vel *utile*. das Unter: oder Nieder: item Nutzbar eigenthumb vel die Erbliche Nutzbarkeit. Illud est, quando quis saltem rei proprietatem habet: hoc quando plenissimum usumfructum. Conf. d. dissert. n. *conclus. 41. & seqq.* Besold *th. pr. lit. A. n. 30.* ubi rectè probat vocem Eigenthumb/ etiam dici de eo jure, quando rei emolumentum habemus. Add. Bened. Bon. *de consib. art.* 36. Ex accidenti denique dominium aliud est *Revocabile*, aliud *Irrevocabile*, & illius exemplum est, si quis dominium ad certum tempus, auff ein wiederkauff/ vel sub certis conditionibus acquisivit, *arg. l. 16. h. t.* Item dominium quod habet b. f. possessor respectu alterius non domini, *arg. l. 48. de A. R. d. l. 24. § ult. ibi: quamdiu non evictus fundus fuerit, de usur.* nec non quod in re dotali maritus habet constante matrimonio, *arg. l. 30. C. de lur. dot.* Et hinc itaque variatur etiam Rei vindicatio, & alia *Directa* est, alia *Utilis*. Illa, *quæ ex vero, pleno, vel tantùm directo dominio descendit, arg. l. 33. de R. V. l. 25. de V. S.* Hæc dicitur Suthollo *d. dissert. aph. 43.* quæ illis conceditur qui non veri domini, sed tantùm utile dominium habent. Verùm cum & aliis accommodetur, rectiùs appellatur, quæ ex mente legis descendit, & vel jure ordinario illis, qui utile dominium habent, vel ratione singulari aliis & speciali jure competit, *Unde vel per se patet, istam divisionem esse non generis in species, sed*

Causa efficiens dominiũ in specie sic dictũ.
Hujus præstantia.
Duæ q. partes sunt, quibus jus in re consistit, proprietas in specie & jus utendi fruendi, Hæ aliquando junctæ, aliquando separatæ, vere acquisitæ vel fictæ.
Unde dominium verum & fictum.
Hocque directum & utile.
Dominium revocabile & irrevocabile.
Hinc Rei vindic. Directa.
Et utilis.

vocabuli

1. Ex domino util. vel dir.

2. Ex aequitate Hujus exempla.

sed vocabuli aequivoci in sua aequivocata. Priori ratione datur (1) Emphyteutæ, *l.1.§.fin.ff.si ag. Vectig.pet.* (2) Vasallo, *2.F.8.vers.res autem.* (3) superficiario, *l.73.§.1. l.74.l.75.h.t.* Et ex adverso directa competit (1) domino rei emphyteut. *l.1.§ 1.si ag.vectig.l.1.l.2.C.de jur.emphyteut.* (2) domino feudi, *2.F.8.§.2.& 2.F.47.* (3) domino soli superficiarii, *arg.l.1.§.4.de superfic.* Posteriori ratione (1) Cessionario, ex propria persona (*seu directa ex persona cedentis, cessis reverà actionibus*) sed *neutiquam ita, ut quoque utile, seu nonnulli opinantur, habeat dominium*; & quia utilis hæc actio est dativa, non nativa; & quia jus cessum in persona cedentis remanet, *l. fin. C. de haered. vendit.* Vid. d. dissert. n. *conclus.39. num.11.* (2) pupillo & minori pro re pecuniâ ipsorum à tutore, vel curatore proprio nomine empta, *l.2.quand.ex fact.Tut.* Eademque ratione (3) Ecclesiæ, pro re ab administratore pecuniâ Ecclesiæ comparata, *l.23.C.de SS.Eccles.* (4) Militi, ratione rei quam alius miles pecuniâ sibi comparavit. *l. 8. C. h.* (5) uxori, pro re quam emit maritus pro pecunia, quam uxori donaverat, *l.55.in f.de donat.inter vir.& uxor. l. unic. §. 5. C. de rei uxor. actionib.* (6) civitati pro re à Syndico empta ex pecunia civitatis, *arg. l. 3. C. de jure Reip.* (7) domino tabulæ pictæ contra ejus possessorem, *§.35. I. de A.R.D.* (8) domino *adversus eum, qui dolo possidere desiit* ante litem contestatam, *l.69 ff.de R.V.l.27.§.3.eod.* Cons. Oldend. *class. 3.art.2.num.4.* Bachov. *ad Tr. disp.15.th.6.* D. Hillig. *20.Comm.2.lit.G.vers.5.lit C.* & Johan. Gryphiandr. *Oecon.legal.lib.1.c.7.* ubi *n. 98.* sex contractus numerat, per quos utile dominium in accipientem transeat, nempe contractum feudi, superficiarii, emphyteuseos, locationis ad locum tempus, libellarii, & precariæ. Et addit quod posteriores quatuor, ferè in unam speciem coincidant. Quæ verò equidem non leve examen merentur.

Quem rei vind. sit adversus eum qui nullo jure obligatur, cum tamē sit obligatio ad restituendū. Obligatio sumpta proprié Impropriè. Datur R. V. contra possessorem.

N. IV. *Nullo jure obligatus est*) Addit hîc Bach. *sc. neque ex contractu, nec ex delicto; est tamen, inquiens obligatio ad restituendum: ex quo Dd. definitionem actionis & verba:* quod sibi debetur, *etiam actioni in rem competere defendunt.* Nimirum juxta principia jur. gent. & civilia, ut debitum, ita & obligatio, quæ inde est, sumitur dupliciter, 1) pro eo, ubi astringitur alterius persona ad aliquid præstandum, *l.3.de O. & A. ex obligatione,* sive illa immediatè sit ex jure, sive mediatè per factum hominis, *l.1.§.5. & seqq. & l.10. de Ob. & act.* Ita opponuntur debitum & nostrum, *l.27.§.2.l. 34.de auro & arg.leg.d.l.3.de Obl.& Act.* (2) Impropriè pro omni eo, ad quod quis tenetur, *§.5 I.de action.arg. l.11.108.de V.S.* Hoc sensu demum datur R.V. contra illum qui obligatus est ad restituendum. Quod etiam asseri potest juxta principia justitiæ universalis, haud absurdè.

Quid hic possidere.

Possidet) *Possessionis* vocabulum hic non modò generaliter sumitur, pro ea quâ quis *detinet,* & quidem verè *juxt.l.9.h.* sive *civiliter,* sive *naturaliter* possideat, *l.5.§.fin.qui ad exhib.* sed & pro ea, quæ juris interpretatione pro possessione est, i. quæ *fictione juris* (translativâ) pro possessione habetur, sc. ubi quis *dolo possidere* desiit *l.27.§.3.h.tit. l.131.2. de R.I.* vel quis *lite se obtulit l.25.& seqq.eod.* Quo nomine actio utilis competit. Confer. *obs.21.de alienat.judic.mutand.caus.fact. num. 6.*

Rerum incorp. non est hæc vindic. Defenduntur rationes Autoris contra Bachov.

N. V. *Nam jura incorporalia*) Sententiam hanc Autoris veram statuit Bachov. *h.* sed rationes ejus non multum facere. Verùm (1) etsi dicat Bach. necesse olim fuisse rem vindicandam exhiberi in judicio, non tamen exinde sequitur, ergo hodie rerum incorporalium esse vindicationem. *Namque modus (species) vindicandi in deductione rei mobilis in judicium consistens, saltim sublatus est. unde etiam hodie absens rem vindicare potest, l.10.& seq.h.t. l.3. C.ubi in rem actio. attamen causâ impulsivâ sublatâ,* (& modo vindicandi rem mobilem) *nec tamen sublata est ipsa vindicatio quoad substantiam, & ipsa lex. de rebus non nisi corporalibus vindicandis. arg.l.1. & 4.vers. servum.ubi Gl. de postul.* (2) Non infringitur altera ratio Autoris per id, quod juxta Bachov. *h.* ad utilem rei vindicationem possit sufficere quasi possessio. Nam *haud ex possessione & quæ contra possessorem competit, æstimanda est rei vindicatio, nisi quoad actum secundum & ut movenda in judicio (cum hoc & de hypothecaria, haeredit. petitione atque aliis in rem actionibus diversa species prædicari possit, l.25.ff.de O.& A.) sed ex dominio, l.23.h. quod ex Autoris sententia ex n.2. hic repetendum. Quod autem cessionario, ut suprà diximus, quandoque hæc actio detur dominium non habenti, hoc fit* jure planè singulari, & non jure ordinario; ideoque rationi vindicationis ordinariæ nequaquam derogare potest, *arg. l.14. de leg.* (3) Addi debet, quod non modò rerum corporalium *tantùm* sit vindicatio, *§.1. ibi. rem corporalem I. de Action.l.1.§.1. & tot.h.t.* sed & expressè jura incorporalia (*hoc sensu*) vindicari negentur, *l.56.hoc tit.* (4) Si & jura incorporalia vindicarentur, (rei hac vindicatione speciali) *confunderentur omnes actiones in rem, quarum veteres JCti & Imperator §.1. & seqq. I. de Act. separatam & distinctam formam esse voluerunt, ita, ut illa, quæ pro re corporali competit, tantùm dici debeat rei vindicatio, d.l.1.§.1 h.tit. quæ pro hypotheca, hypothecaria, ratione hæreditatis petitio, & quæ pro juribus incorporalibus servitutum, confessoria & negatoria.* Indeque rectissimè Arumæus *disp.ad ff.8.thes.2.* cœlum terræ miscere ait, qui hæc non distinguunt: Quos ideoque nequicquam secutus est novissimè Bornius, in Vindiciis Lips. & Helmstadiensium, Dissertationi nostræ *de jure rerum annexis* solidè refutatus. Addimus (5) *quarum rerum nullum dominium (sc. propriè ita dictum) illarum nec est vindicatio, l. 23. h. t. At rerum incorporalium nullum est tale dominium.* Minor constat ex illis quæ latè diximus & Diss. *de jur.rer.concl.39.nu.10.11.& seqq.* huc omnino revocanda, & *obs. inf. 1.de acq. rer. dom.n.3.* E. *etiam nulla est ipsorum vindicatio.* Conf. obs. *ad 1.d.rer.div.p.125.*

Causa petendi hujus actionis quæ exprimenda.

Quæ in actionis in rem Speciali.

N. VI. *Et aut causam sui juris*) Ita utile etiam hîc est allegare causam remotam dominii s. titulum, quo quis acquisiverit v.c. quia res ipsi legata, ex vendito tradita: necessarium veru nominare proximam h.e. ipsum dominium. Et enim in libello actionis realis sufficit exprimi causam *proximam,* quæ ibi est medium concludendi, ut *in rei vindicatione speciali dominium* (daß das Gut sein eigen) *l.23.h. in hæreditate* jus hæreditarium (das er Erbe sey/ *l.10. § 1. de hæredit. petit. in confessoria, jus servitutis,* das ihm die Dienstgerechtigkeit zustehe/) *§.3. I.de action. In hypothecaria, jus pignoris,* (daß ihm das Gut verhypotheciret/ verpfändet/ verschrieben/) *l.7.eod. in possessoriis, jus possessionis;* (daß er den Besitz habe/ dabey er zu manuteniren,) *arg. l.1. & l.2. uti possid.* In genere ejusmodi causa actionis

Remota.

realis proxima, est jus in re, das dinglich Recht/ rem ipsam afficiens: *§.1. & seqq. de act. l.25. §.1. l.19 pr. de damn. inf.* Contra in libello super actione personali, sufficit si exprimatur causa *remota* h. e. *contractus, delictum*; nec necessarium indicare proximam h.e. obligationem, sec. Gail. *1. obs.6.n.3. & seqq.* Quod verò non ita crassè intelligendum cum Bachovio in *not. h.* ac posset quis ita postulare: *peto Titium condemnari quia ex contractu mihi debet X. vel quia deliquit.* Nam in judicio agi nequit actione sive personali sive in rem generaliter & in thesi; sed semper ex certa specie juris in re, contractusve aut delicti, actione speciali. Genus

enim confusum est & speciem certam, quâ tale, non ponit, sed ad omnes pariter se habet. Ideoque quando Gailius requirit in actionibus person. contractum, ceu causam remotam, nec obligationem specialem excludit, (cum sit consequens contractus) nec contractum specialem; quod hæc sit natura actionis illius in actu exercito & in judicio instituendæ, quod sine specie v. c. contractus allegatâ non possit proponi, & positâ hâc non possit abesse obligatio, ut ipse se exponit exemplis ex mutuo & deposito propositis. Et sufficit ex regulis duabus à Gailio allatis discernere media concludendi in actione personali & in rem, diversa; In actione enim reali ejusmodi est non titulus acquisiti juris in re, legatum, venditio, permutatio, (causa remota,) sed juris in re *certa species*, (ceu causa proxima, juxta exempla supra proposita. Contra in actione personali requiritur causa remota h. e. titulus & causa debiti originaria. Et hæc est eadem quam Bach. vocat *causam & obligationem specialem ex certa & speciali conventione. V. d. l. 14. §. 2. de ext. rei jud.* Quæ quidem causa non potest non etiam esse sine obligatione, hîc vero propterea exprimenda est specialiter, quod obligatio sit ex variis causarum figuris *l. 1. de O. & A.* ideoque res possit apud plures esse ex diversis debendi causis, nec reus deliberare queat causâ speciali non expressâ. Secus planè est in actione in rem, quæ certas causas habet. Idem ex pluribus causis nostrum esse nequit, *l. non ut ex pluribus de R. I.* nec plures ejusdem rei dominium in solidum habere possunt, *l. si ut certa. §. sed & vehiculum, commod.* Ideoque expressâ in reali actione causa proximâ, v. c. dominio, reus facilè deliberare potest ad cedendum sibi an contendendum.

Quid hic intellig. per offic. judicis.

N. VII. *Dico officio judicis*) *In primis h. n. agitur de* Fructibus & Impensis. *In quibus notanda hæc* I. Quod dicitur *rationem fructuum officio judicis habendam*, intelligendum *de officio mercenario*, *arg. l. 2. ubi Dd. de usur.* quo veniunt hi fructus *durante judicio percepti & post*, etiamsi non sint petiti. Idque vis ipsa restitutionis requirit, continens omnem à litis contestatione causam, *h. e. omne id, quod habiturus esset petitor, si tempore litis contestatæ res ipsi restituta fuissent, l. 20. h. l. 75. de V. S.*

Fructus percepti ante lit. cont. hac actione non veniunt, sed specialiter petendi.

Sed Quæstionis est, *An judex etiam teneatur, aut possit rei vindicatione institutâ, adjudicare fructus perceptos ante lit. contest.?* Negat Wesenbec. cum Dd. comm. volens eos *specialiter petendos esse l. 4. §. 8. de damn. infect.* 1. *per l. 25. §. 8. de Ædilit. Edict.* 2. *l. 10. ff. de usur.* 3. *quod judex non suppleat actionem in his quæ facti, l. 1. C. ut quæ desunt advocat. part. jud. suppl.* Vid. Wesenb. *in comm. C. h. t. n. 64.* ubi addit, *quamvis quæ jure actionis debentur, petita censeantur, adjectâ clausula: peto jus & justitiam administrari, non tamen in hisce etiam fructibus id locum habere, n. 68.* Conf. Rutg. Rulant. *thes. fr. & inter. in dec. Cam. voc. 5. num. 21.*

Respondetur Bachovio dissentienti.

Diss. Bachuv. *h. in not.* dubitans, *an necessum sit ejusmodi fructus nominatim petere, quod hæc actio sit ex arbitrariis, in quibus fieri debet restitutio rei cum fructibus judicis arbitrio, §. 1. de Act. junct. §. 1. de offic. judic.* Resp. 1. Rationem hanc controversam adhuc esse. Neque enim *ejus in d. §. 31.* fit mentio; & stricti juris esse hanc actionem cum Br. statuit Wesenb. *d. Comm. C. h. n. 61. circ. fin.* (2) In hoc convenire videntur stricti juris & arbitrariæ actiones, quod haud possit judex jubere illud restitui, quod vel specialiter petitum non est, vel aliàs non venit ex natura ejus negotii: quia exceptiones saltem insunt b. f. judiciis, non cæteris. At arbitrium interponi potest saltem in modo satisfaciendi, non ita, ut addatur id, quod non est de natura actionis, *arg. d. §. 31. I. de Act. l. 68. h. t.* Dissentiunt alii, quod teneatur judex ad fructus perceptos ante lit. contest. etiamsi nec sint petiti, *per l. 35. 75. l. 81. de V. S.* Sed Resp. eos textus restringendos ad judicia non pure realia, sed mixta, quæ secundum quid sunt b. f. *arg. l. 25. §. 11. de hæredit. petit. l. 1. C. eod.* Neque etiam officit, quod Mynsing. *4. observ. 55.* generaliter affirmat, judicem debere condemnare reum ad restitutionem fructuum, etsi non sint petiti. Quippe hoc rectè restringit Wesenb. *in d. comm. C. h. t. n. 68.* ad fructus, qui post litem contestatam debentur. Idque inprimis patet per text. *d. l. 25. §. 8. de Ædilit. Edict.* à Myns. citatum, qui in illis, quæ ante litis contestationem contingunt, apertè dicit cessare officium judicis.

B. f. p. percipiendo omnes fructus suos facit.

II. Quæstio de fructibus duplex est; altera de b. f. altera de m. f. possessore. Possessor b. f. regulariter *percipiendo omnes omninò fructus suos facit, & naturales & industriales tam consumptos, quàm extantes.* (1) per textus generales *l. 48. de acq. rer. dom. §. 36. I. de rer. divis. l. 25. pr. & §. 1. l. 1. ff. de usur. §. 2. I. de officio Jud.* (2) *quod in omnibus eadem sit ratio accessionis.* Jure soli enim, cui accedunt, percipiuntur, *d. l. 25. pr. & §. 1. de usur.* quodque propter bonam fidem, & percipiat honestè possessor, & lege pro domino, quat. possidet, habeatur, *l. 49. de V. S. l. 36. de R. I.* Quin quod & verus dominus sit alienanti similis, donec patitur rem suam penes alium esse, *arg. l. 28. de V. S. l. 47. de acquir. possess.*

Quod verum in thesi Domino evincente. lucratur tantum consumptos, indistinctè.

Attamen hæc vera sunt saltem *in thesi*; cum enim dominium habeat revocabile b. f. possessor, *fallunt in hypothesi.* Indeque casu considerato, ubi dominus rem evincit, *consumptos lucratur* quidem *irrevocabiliter*, i. e. ut, licet conventus de restitutione rei, unde fructus percepit, non tamen teneatur restituere fructus quos consumpsit, *d. §. 36. de rer. div. l. 4. §. 4. fin. reg.* Sive illi fuerint *industriales*, sive etiam *naturales*, *arg. d. §. 2. I. de officio Judic. §. 36. de Rer. divis.* Sive inde factus sit locupletior, sive non, *d. l. 4. §. 2. fin. reg. junct. §. 36. I. de action.* At *extantes non ita lucratur*, sive pendentes ipsi fuerint, *l. 44. h.* sive non pendentes sed percepti, *l. 22. C. h.* sed conventus cum re, unde percepti sunt, tenetur restituere, *d. l. 22.* non modò *industriales*, sed & *naturales*, *l. 48. de acq. rer. dom.* nisi triennio eos usuceperit, *arg. pr. de usucap. l. 4. §. 19. de usurpat.* non obstante quod fundus ab eo petatur. Carpz. *p. 3. c. 32. d. 29.*

Variæ Dd. dissensiones.

Dissentiunt Dd. variè. Suthols. *differ. 4. aphor. 57. in fin.* putat *b. f. possessorem teneri ad restitutionem consumptorum naturalium, ex quibus factus est locupletior.* Idem sentit Ignat. Hanniel. *comm. ad l. 48. de a. r. d. n. 16. 17. 18. 19. & seqq.* Plerique, *ad restitutionem consumptorum, si factus est locupletior, teneri indistinctè; quos sequitur* Hartman. Pistor. *lib. 4. q. 25. num. 13. & novissimè* Dn. Carpzovius *jurispr. for. p. 3. c. 32. d. 28. num. 20. & seqq.* Hujus sententiæ fundamenta sunt in *l. 25. §. 11. de hæredit. petit. l. 1. §. 1. C. eod. l. 72. de leg. 2. l. 23. de adim. vel transfer. legat.* Quam etiam videtur amplecti Fillinc. *tr. 32. c. 4. c. 83.* Verùm *nec d. §. 36. de rer. divis. nec l. 4. §. 2. fin. reg. distinctionem ullam faciunt inter naturales & industriales, & in utrisque par ratio est, sc. quod propter bonam fidem & percipiat eos possessor & lucretur.* Deinde *l. 25. §. 11. de hæredit. petit. & l. 1. §. 1. C. eod. ad judicia universalia pertinent, in quibus & consumptorum ratione potest actio dari; at secus in judiciis singularibus, quibus certum corpus saltem petitur, l. 50. h. t.* Neque verò *hic valet argumentum ex d. l. 72. de leg. 2. & l. 23. de adim. vel transfer. legat. quod non absumantur fructus consumpti, sed in patrimonio retineantur;* Quia & *dd. ll. loquuntur expressè de judicio universali, in quo pretium loco rei succedit, manetque in universitate; & in singulari judicio restitui tantùm fructus, quoad corpus extantes, textus sunt expressi supra citati. Et si id tantùm lucro possessoris cedit,* quod consumpsit; *ergo & id, quod ita consumpsit, ut exinde factus sit locupletior, idem pro lucro habet, nec restituere tenebitur arg. d. §. 36. de rer. divis.* Denique *l. 17. quod met. caus. loquitur de actione mixta, secundum*

quod

quid personali: & *l.8. C.de donat.inter vir. & uxor. & l. 20.C.de jur. dot. sunt de judicio dotis universali, junct. l.8. de impens.in rem dotal.fact. & bona fides, §.29.de Action. ex quibus ad actionem singularem purè realem & stricti juris nullo jure inferri potest.* Adde Bachov. *h.* Vinn. *comm. ad §.35. de rer.divis.* Et hæc textibus & rationi juris civilis convenire non dubitamus. Quidni enim b. fides in tantum proficiat possessori, ut & consumptos fructus lucretur, ex quibus ditior factus est? Sententia tamen opposita praxi rec.communior, habetur, multis etiam visa æquior, quod post evictionem b. f. p. debeat restituere, quodcunque est veri domini. Hujus autem & hoc est, quod à possessore ita consumptum; ipse enim lucrum haberet, dominus damnum. Videtur itaque hoc esse *βέλτιον τινὸς δικαίου, arg. 5.Eth.14.* Et locus erit condictioni ex *l.32.de rebus credit.* Addatur Filliuc. *d.l.* Covarruv. *in cap. peccatum de R. I. in 6.* Johannes de Lugo *t.1.d.17.sect.3. num.39. 41.42. in f.* Aliter adhuc diversus est Sutholt *d.dissert. aph.56. existimans b. f. possessorem teneri fructus extantes naturales restituere, per l.45.de Usur.* Donelli *4.Comm.26.* opinio est, *eundem lucrari quidem industriales extantes, sed irrevocabiliter, h.e. ita, ut eos non teneatur restituere, per l.25. §.1.l.28.de usur.* Aliter sentit Hartm.Pistor.*in amicab. resp.n.2.apud Rulant.d.tr.* Hæc de possessore b.f. De m. f. possessore certissima regula est, ipsum non modò perceptos, sive extantes sive consumptos, sed & percipiendos restituere teneri, *per l.33.h.t.l.22.C.eod. § 2.de offic.jud.l.3. C.de cond.ex leg.l.4. §.2. fin. reg. l.4. C.de crim.expil.hered.* Et hoc verum etiam in eo m.f. possessore, qui *titulum habet*, sed postea rei alienæ scientiam habere cæpit, per dd.textus generales, *junct. l.1. §.1 de hered.petit.l.2.C.de fruct. & lit.Expens.* (2) in b. f. possessore *cum quo lis contestata, arg.l.48. §.1.de acquir.rer. d.* De *percipiendis* autem fructibus quod dictum, juxta Dd.comm.intelligimus de iis quos non possessor, sed dominus ipse vel *attenta ejus singulari* vel *communi industria* percepturus fuisset, *l.20.h.l 62.§.1.l.33.eod.l.39. §.1.d. leg.1.l.10. §.20.quæ in fr. credit.* Quia damnum saltem in his passus fuit, quos ipsemet non potuit percipere, propter injustam alterius occupationem; ergo & de iis saltem ad æqualitatem reducendis agitur. Et licet possessor titulum prætendat, tamen & delictum concurrit & dolus; nec ejus negligentia domino debuit nocere. *Non autem hoc extendendum ad fructus, quos dominus illicitè & turpiter percepisset. v.c. ex ancillis prostitutis, nisi possessor eos etiam inhonestè perceperit; tunc enim & hos domino tenetur* restituere, etiamsi hic eos non percepisset; quia *res quomodocunque fructum facit, domino suo facit, l.27.in f. de hæred.pet.* Confer.Covarr. *in c.peccatum p.1.§.6.n.5. de R.I.* Lug. *d.sect.3. num. 54. & 55.* dicentes hanc sententiam in foro quoque conscientiæ esse tutiorem. De tota materia adi latiss. differentem Dn.Frantzk. *comm.h. nn.30. & mult.seqq.* nec non *exerc.4.q.7.& aliq.seqq.nova edit.*Bach.*ad Tr. disp.15.th.11.D.& seqq.*Cop.*de fruct.lib.2.1.4.c.1.2. & seqq.*

M. f. p. omnes omnino fr. restituit.

Qui hic percipiendi fructus.

Impensas) III. De Impensis agendi locus est infra *tit. de impens.in res dot. fact.* Hîc ubi incidenter de iis agitur, notari hæc possunt. Impensæ rerum in jure sunt triplices. *Necessariæ*, quæ si factæ non fuissent, res periisset. *Utiles*, quibus res facta est melior: & *Voluptariæ*, quæ speciem tantùm exornant, fructum verò non augent, *l.79. d.V.S. l.1. d.Imp.in res.dot.* Impensas deducere, est rem, in quam impensum, *jure exceptionis* tamdiu retinere, donec impensarum æstimatio præstetur. *Tollere* verò jus retinendi aut recuperandi æstimationem non tribuit, sed tantùm quod impensum, re ipsâ salvâ auferendi. Necessarias tam m. quàm b. f. p. deducit *l.38. de hæred.petit.l.5 C.h.t.* sed hic indistinctè; ille vero tum demum, si res extet, *d l.38.* Excipitur qui fur, raptor, violentus invasor, *l.1.C.de infant. exp.* quales non modò m. f. p. sed & in delicto & perpetua mora sunt *l.13.de condict. furt. l.6. §.2.de furt.* Utiles b. f. p. deducit, nisi petitor sit pauper; tunc enim illas tantùm tollit *d.l.5.d.l.38.l.28.de pign.act.* m. f. p. has re ipsâ salvâ tollit indistinctè *d.l.5.C.h.l.37 ff.eod.* Denique voluptarias b. f. p. servat per circuitionem aliquam, objectâ doli exceptione si & dominus tales facturus fuisset *l.39.§.1.de hæred.petit.* aut possessor rem venalem habens plus ex pretio ejus consecuturus sit propter artificium *l.19.h.* Extra hæc eas tollit b.f.p. *l.9. de imp. in res dot. fact.* Tollit & m.f.p. indistinctè, modò sine rei dispendio fieri possit; aliàs enim eas perdit, *d.l.39.§.1.* Addatis Johann. Garf. *de Expens. & meliorat. n. 2.*

Impensæ rerum triplices.

An & quomodo hic earum fit ratio.

N. VIII. *Domino res sua restituatur*) Finem qui *h.u.* proponitur, non specialem sed communem esse omnium judiciorum, contendit *h.* Bachov. Quod verum non videtur, *quia quamvis subjiciatur ratio generalis, sc. quod per id, dum suum cuique tribuitur, conservetur publica tranquillitas: tamen agere, ut domino* (qui se in dominio fundat, *l.2.3.h.*) *res sua restituatur, communis nullis omnino est actioni, sed rei vindicationi soli proprium, qua jure dominii seu proprietatis intenditur, l.13. h.t.l.f.C. eod.*

Finis hujus act. est proprius non communis, contra Bachov.

N. X. *Exceptio dominii*) Quæ exceptiones rei vindicationi opponi possint optimè docet Oldend. *d. act.2. in pact. pro defens.rei n.2. & seqq.* Dominii quidem exceptio hîc necessaria non est; nam actore dominium à se allegatum non probante, reus etsi non opposuerit dictam exceptionem, absolvitur, *l. 4. C.de edend.l.f.C.h.t.* actore verò dominium probante condemnatur; Attamen si actor non plenè possit hoc demonstrare, reus verò longè melius, oppositam exceptionem ipsi prodesse non dubito. De *exceptione præscriptionis* quæ adfert A. explicatius sic habent. Qui rem alienam v. c. per 10. annos possedit, postmodum eandem vindicanti non rectè opponit exceptionem præscriptionis; (1) quia ejusmodi *hodie* non est præscriptio, sed usucapio vocatur, *l.un.C.de usucap. transf.* (2) quod ea non jus excipiendi tribuat eodem jure, sed dominium verum; nam vero domino rei possessæ dominium aufert, *arg. l.28.d.V.S.* & alteri adjicit, *l.9. de usucap.* Quibus consequens, & quod possessor rectè opponat dominii exceptionem, & quod vetus dominus, utpote alienatâ re per usucapionem, rei vindicatione agere nequeat. Nisi quis cum Zasio *in l.17.§. 1. de acquir.poss.* contra manifestissima juris principia dicere vellet, eum qui ita præscriptione rem acquisivit, saltem utile, jugulans seu adversarium dominium habere; alterum verò, ad quem res possessa pertinebat, dominium directum retinere. Altero casu, ubi quis sine titulo & b. f. 30. annis possedit, quin domino agenti rectè opponatur præscriptionis exceptio, indubitati juris est. Conf. Bach. *in not.*

An & quomodo hic obstet exceptio dominii.

Quomodo exceptio usucapionis.

Aut præscriptionis.

TITULUS II.

De Publiciana in rem actione.

1. Continuatio, & unde dicta Publiciana.

2. Quare prætor Publicianam introduxerit.

SEd rei quidem vendicatio ex legitimis causis descendit. Aliam autem Prætor ex sua jurisdictione in rem comparavit, quæ ab authore Publicio, Publiciana est appellata. Nam cum is cui ex justa causa res aliqua à non domino tradita fuerat, ejusque rei ante completam usucapionem casu possessionem amisisset, nullam haberet in rem directam actionem, ad eam persequendam: quippe ita proditæ erant jure civili actiones, ut quis dominium suum vendicaret, durumque videretur eo casu deficere actionem: inventa est à Publicio Prætore actio, in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vendicat suam esse, *§. sed istæ. vers. namque si cui, Instit. de actio ubi dixi.* Visum enim est æquius fore hunc colorem obtinendi potius actioni, quam pati ut ejus defectu possessor bonæ fidei, amissa forte possessione, jus omne facultatemque rei recuperandæ amittat, & injustus possessor id omne lucretur: cum bona fides possidenti tantum præstare soleat, quantum veritas, *l. bona fides 136. de reg. jur.*

3. Edictum.

Verba porro edicti hæc sunt: SI QUIS ID QUOD TRADITUR EX JUSTA CAUSA NON A DOMINO, ET NONDUM USUCAPTUM, PETET, JUDICIUM DABO.

4. Ejus explicatio, & cui detur hæc actio.

Ex justa causa traditum hic accipimus, scilicet. Ex justo contractu vel titulo, puta emptionis, donationis, dotis, aut alia causa: ex qua si dominus tradidisset, dominium transferretur, *l. 1. in fin cum mult seq. hoc t.* Nam ex aliis etiam justissimis, non datur hoc judicium, si ea possessionis causa sit, ut ex illa neque dominium a vero domino, neque usucapiendi conditio à non domino transeat: ut est pignoratitia, precario, in locatione, *l. 2. C. de præscr. 30. ann. &c.* Eo enim animo ejusmodi acquiritur possessio, ut is qui eam accipit, credat se dominum non esse. cui hæc actio utilis esse nequit, ut nec malæ fidei possessori eoque opus est, hac agere volenti traditionem bona fide factam esse. *l. quacunque 13. h. t.* Nam qui sciens alienam rem occupat, Publiciana experiri nequit: quia nec usucapere potest, *l. sed etsi 7. §. si h. t.* Oportet igitur eum qui hac actione agere velit, bona fide ex justo & translativo dominii titulo possessionem esse nactum, *d. l. 7. §. prætor 7.* Ait prætor A non domino. Nam si dominus tradidisset, ipsa traditione dominium transtulisset. *l. traditio 20 de acq. rer. dom. l. clavib. 7 de contra empti.* Et addit, Nondum usucaptum. Nam si usucaptum esset, haberet civilem actionem Rei vendicationis, *l. 1. h. t.* & frustra desideraret Publicianam. Postremò ait, Judicium dabo: scilicet ei qui ita petere rem nondum usucaptam, & aliquo casu amissam instituit.

5. Ad quid detur.

6. Contra dominum non dari.

Judicium porrò Prætor hic ferè dat eodem modo, quo in rei vendicatione. Nam ut in ea approbato actoris dominio judex rem illi officio suo restitui jubet: ita hic probato justo agentis titulo, & bona fide ac traditione subsecuta, res ei tanquam domino restituitur, omniaque fere eadem sunt in Publiciana, quæ in Rei vendicatione *d. l. etsi 7 § si petentis 3. 4. sed ista ubi vide Iason. & alios Inst. de actionib.* Huic autem actioni una tantum exceptio objici potest, nempe Dominii. Æquum enim est, actori bonam tantum fidem cum titulo allegantis, præferri verum dominum, præsertim possidentem: *l. 1. & 2 & passim de cond. ob tur. caus. r. in pars de reg jur in 6. l ult. C. de rei vendica.* qui etiamsi non possideret, a quolibet tamen possessore rem suam vendicare posset: *l. penult. & l. ult. hoc tit.*

OBSERVATA.

An hodie locus Publicianæ.

N. II. *A non domino*) Prædicta Rei vindicatio est ex vero dominio. Ex dominio ficto descendit *in rem Publiciana.* Cui planè contrariari videtur, quod *vix hodie fieri queat, ut res aliena tradita actori sit extra vitium; cum primus alienator utique sciverit rem alienam esse & furtum commiserit, res autem furtiva usucapi nequeat, ergo nec pro eâ recuperandâ dari actio Publiciana.* Verùm respondetur omni tempore non requiri b. f. in Publiciana, *arg. §. 7. de usuc.* quæ & magis sit favorabilis ac usucapio; cum hæc contra verum dominum tendat, illa saltem contra extraneum competat. Vid. Oldend. *cl. 3. act. 3. § 3. in defens. rei.*

Ejus causa duplex, Æquitas.

Causa introductæ hujus actionis duplex est, *defectus actionis* ante impletam usucapionem, & *Iniquitas hujus defectus.* Hæc consistit in his 1. quod *iniquum*, b. f. possessorem teneri ex facto alieno, 2. quod *injuriam* pateretur, si consistens in actu usucapiendi, amissâ re, non haberet actionem pro eâ recuperandâ 3. quod haud æquum sit, tertium, qui rem accepit, locupletari cum damno ejus, qui b f. rem acquisiverat: 4. quod respectu extranei b. f. possessor non modo plus juris habeat, sed & domino comparetur, *l. 138. de R. I.*

Collisio contrariorum principiorum.

Ratione quidem civili is qui dominus non est, eam vindicare non potest, *l. 23. de R. V.* attamen ex æquitate b. f. possessor qui antea rem habuit, præsenti possessori est præferendus ut domino proximus. Cum verò hæc contrariè se habeant, causâ corrigendi juris civilis, juxta *l. 7. pr. § 1. de I. & I.* à secundario legislatore (Prætore) res temperatur medio aliquo interveniente, dum fingitur possessorem b. f. usucepisse, cum tamen non usuceperit, *§. 3. de act.* Quo posito satis fit juri civili, rei vindicationem non nisi domino permittenti. Et enim dominus utique est qui Prætoriâ lege pro tali habetur, juxta principia à natura legum deducta *§. 7. I. de j. n. g. & c.* idque & ipsi textui antea opposito ex *l. 23. de R. V.* convenit.

Hic non permittitur mendacium.

Neque vero putandum, q. Prætor introducendo hanc actionem mendacium permittat, ut nonnulli objiciunt; *quando qui est in conditione usucapiendi jurisque sic in re, vel dominii primum acquirendi, dicit se rem q. usucepisse, §. 3. de act. cum tamen non usuceperit.* Respondetur enim fieri hoc per *fictionem juris Prætorii positivam,* æquitatis causâ, *fundamentum etiam in re habere.* Nam *Lex permittit esse in conditione usucapiendi,* & propter bonam fidem perinde defendi b. f. possessorem ac si esset dominus, *arg. d. l. 138. de R. I. Factum* itaque & *qualitas* usucapiendi adest verè, suppletur tantùm jus usucapiendi quoad actum secundum, h. e. actionem dandam si possessor interim re cadat apud alium existente. Et hoc est quod A. h. dicit, *æquius visum fuisse obtendi potius talem colorem, h. e. quasi impleta usucapionis & consequenter acquisiti dominii, quàm concedere ut b. f. p. rem amittat, & injustus possessor eam lucretur.* Add. Mæstert. *de justit. leg. Roman. l. 2. dub. 59.*

Dominium fingitur & prætenditur æquitatis causa.

Quemadmodum enim qui verè jam acquisivit dominium, civilem actionem rei vindicationem habet; ita ei, qui in potestate usucapiendi existit, comparata est à Prætore actio in rem Publiciana, cujus causa dominium fictum, quod causa ejus q. usucapio scil. ficta sit. Fingitur autem dominium dupliciter 1. *positive,* q. acquisitum, quod tamen reverà acquisitum non est, *§. 3. de act.* 2. *negative,* quasi non amissum, quod tamen amissum est, ut in Rescissoriâ *d. §. 3. & seqq. I. eod.* Prius hujus loci est, & causa proxima hujus actionis.

Datur hæc actio q. domino. In quo 3 requiruntur. Explicantur hæc exorta non controversæ.

N. IV. *Ex justa causa*) Datur hæc actio q. domino, verum non simpliciter; tria enim sunt quæ [illegible] parte ejus requiruntur 1. traditio à non domino facta 2. justa causa seu titulus traditionis 3. bona fides, *l. 1. pr. h. t.* Circa primum quæritur (1) *an id etiam in fictis traditionibus obtineat?* Quod affirmatur, *per l 11. §. 3. h. junct. l. 3. de usufruct. l. fin. de serv.* (2) An & in iis modis, *quibus citra traditionem acquiritur dominium*

nium ipso jure? ut si quis pro legato, pro hærede possidet. Quod itidem affirmatur, cum & in iis detur constitui in conditione usucapiendi, *l.1.§.2.l.2.l.7.h.t.* Circa secundum quæri solet, *an idem sit in causa lucrativa?* ut si quis ex donato accepit [illegible]m & ante impletam usucapionem amisit? Quod aff. rimos per *l. .§.f.l.7 §.1. & 3.l. 3.5.6.h.t.* contra Oldendorpium *in class.act.h.t. in axiomat.n.4.* Denique circa tertium quæsitu dignum est, *an b.f. omni tempore requiratur?* Distinguo inter jus civ. & can. Illo sufficit b.f. adesse ab initio *l.un.C.de usucap.transf.* modò in emptione (quod hic speciale) adsit & tempore contractus & traditionis tempore, *l. 7.§. 6.h.t.§.41.I.de a.r.d.* Nec officit *l.11.§.3.in f.h.* ubi videtur requiri b.f. etiam tempore movendæ actionis. Respondetur enim cum *Gl.ibid.ad d.l.7.§.6.* subaudien[illegible] ibi esse particulam *maxime.* Ideoque extra [illegible]um [illegible] sum continuata b.f. non requiritur, & superveniens m.f. nec usucapionem rumpit, nec Publicianam, *§.7 d.usucap.* Hoc jure autem b.f. continuata requiritur, & ut adsit omni tempore in usucapione, *per c.f. de præscription.* Ergo & in Publiciana. Conf. Bach. *ad Tr.d. disp.* *ib. 13. lit. C.* ubi Jasonem dissentientem refutat. Cæterum & verus dominus Publicianâ uti potest *sub qualitate b.f. possessoris, ita ut omittat jus dominii, & fundet se tantùm in titulo, b.f. & traditione;* idque propter difficilem dominii probationem. Cui consequens, Publicianam hanc cumulari posse cum rei vindicatione; quoniam actiones non contrariæ licitè ita conjunguntur, *per l. .§.4.quod legator.* Vid. Gail.1.*obs.64. n.4 V.S.* Mynsing.4.*obs.11.* Neque faciendum cum Bach. qui *ad Tr.d.th.13. lit A. & in not ad Wesenb. n.6. & tit. praced.* dicit non cumulari has actiones, sed Publicianam subalternatè adjici rei vindicationi. Quippe ejusmodi etiam actionum conjunctioni definitio cumulationis competit, [illegible] quod sit *plurium actionum adversus eundem competentium in judicio facta concervatio;* & cumulatio non modò simultaneè fieri potest, sed & successivè & alternativè.

N. VI. *Nempe domino* Datur Publiciana adversus possessorem qui sine titulo possidet, (& sic jure infirmiori quam ipse actor, *l.7.§.3.l.12.pr.h.t.*) qui pro possessore habetur, vel qui dolo possidere desiit, vel qui liti se obtulit, *arg.l 7.§.8.h.t.junct.l.27. pr.§.3.de rei vindic.* Non datur adversus verum dominum, ex ratione evidenti hic allegatâ. Excipiuntur tantum aliquot casus quibus de videsis Accurs. *in l.f.eod.* Add. *l.14.32.53.h.t.*

TITULUS III. C. 4. 66.

Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

AD exemplum hujus Prætoriæ actionis, alia quoque inventa est: qua illis qui non quidem directum, sed utile (ut nunc loquuntur do[minium] habent, consulitur, *l. si cum 66 in princ. de evict.* cujusmodi olim in fundis provincialibus, non Italici soli, nempe stipendiariis populo Rom. et tributariis Principi, possessores habebant, *§ per traditionem ubi Theoph Instit.de rer.divis in princ. Inst.de usucap l si fundus [illegible] 1.si de vectigalibus. 13 de damn.infect l cum sponsus 12.§.1. de Publ. act.* quanquam autem hoc dominiorum discrimen Justin. sustulit, *l. unic. Cod de usucap transfor in princ. Inst.de usucap* manet tamen adhuc fundorum in lo[n]gum tempus elocandorum usus, *l 1. de superficiebus* vel meliorationis causa [illegible] *1. 2. h.t.* Solent enim civitates etiam nunc, aut alii rerum domini, vel propter sterilitatem, vel aliam ob causam, agros suos in perpetuum, aut ad longum tempus colendos meliorandosque locare: hac lege ut quandiu pro his vectigal pendatur, tamdiu neque ab ipsis qui conduxerint, neque iis qui in locum eorum successerint eos auferre liceat. Quia namque publica neglectui haberi à colonis solent, quorum res non vertitur: ideo quo in agris publicis colendis essent diligentiores, usitatum fuit, ut sub certa pensione agri publici ita locarentur, ot us utile in colonum tran[si]ret: isque suo bono & malo, suaque fortuna agrum colere haberet necesse.

[illegible] ergo in perpetuum, aut longum tempus fundum fruen[dum c]onduxerunt a municipibus: quamvis non efficiantur veri domini, tamen, quia utile dominium in fundo emphyteuticario habent, placuit competere iis in Rem actionem adversus quemvis possessorem: sed & adversus ipsos municipes, ita [t]amen si vectigal solvant, *d.l 1 & 2* Sed quia contractus emphyteuticus, moribus non est infrequens: erit, ut arbitror, operæ precium, de hac re methodicam aliquam subjicere tractationem. *vide de eadem materia Jas. & Dd in l.1 & 2.3 C. de jur. emphy c potuit. de loca Land. lib.1. ar.54.* A Græco verbo φύω vel φυτεύω, quod serere aut plantare significat, sic ἐμφυτεύω planto insero: & ἐμφύτευσις implantatio: ἐμφυτεύματα implantationes & per metaphoram, meliorationes: quia per cultum & fationem implantationemque agri meliores redduntur. Hinc contractus emphyteuticus dictus: quem hoc modo definire possumus. Ut sit juris civilis, nominatus, stricti juris, in quo dominus utile dominium ac possessionem sui prædii in emphyteuticam perpetuo transfert ea lege, ut is prædi[um co]lendo reddat melius, & in recognitionem dominii directi quod dominus retinet, Canonem, hoc est, certam pensionem quotannis præstet *vide Panor. ita fere definientem in c. potuit de locat* Dico, esse Contractum quod hic ultro citroque oritur obligatio, *l. Labeo. 19. de verb signif* Addo, Civilem: quia formam à jure civili habet, *§ adeo Instit de loc.l.1.ubi Dd. C. de emphyt. Bart. & Dd. in l. 3 de just & jur.* etiamsi Cujacius non re[c]tè contra sentiat, *lib 1 Miscel. 25.* Addo, Nominatum quoniam actionem producit, & nomen certum habet: idque communiter est traditum. *modd. 1. ubi Jas n. 96. C. eod Bar. in l num. de condict ex lege* Addo, Stricti juris: ex doctrina Doctorum *Ias. in d. l. 1. num. 67. Bal in l. fin. C. eod* quamvis non desint qui probabiliter contradicant. *Covarr. lib. 1. cap. 1.* Aio Perpetuum esse videlicet in rebus prophanis, *Ias in l. 1. num. 6. & in l. 2. num. 60. C. eod tit.* quia ad emphyteutæ posteritas durat, *Ias. in l 2. num. 202. Specul. de emphyt num. 88.* Secus in Ecclesiasticis, in quib. tempus illis est emphyteusis. *Iaso. in d l. num 21 & in d. l. 2 num 1. per § si vero in Auth. ne non alien.* propter quod dicimen constituit duæ solent emphyteuseos species: altera Ecclesiastica quæ ad res Ecclesiæ: altera civilis quæ pertinet ad res privatorum, hoc modo concessas. C[uius] effic[iens] est lex, *d. §. adeo. l. 1. C. eod. tit. Molin. in con. net. Paris tit de censib. in prin. num 30.* & [c]onsensus contra[h]entium: quo solo hic contractus ex dispositione legis perficitur. *Spec de emphyt. num. 5. fac l. 1 de jur. emphyt § adeo Inst de loca.* Ex contractu hoc fluit, seu per contractum constituitur jus & dominium utile in re, quod emphyteuticum dicitur accedente scilicet domini traditione, vel pati[enti]a, [illegible] dum sidem contra [illegible] pattus emphyte[illegible] ce[illegible] cessa. Præscriptione [et]iam quæritur emph[yt]eusis, quasi ex tacito domini & possidentis consensu. *l lub C de ag & censit. lib. 11. c. fin. C. de fund pat. lib. 11. [illegible] si fauta § si de vectigalibus de dam. i sect. Spec de [illegible] num 6 in fin.* Materiam in qua existit emphy[teusis] [illegible] rem Soli statuunt, *Ias in l. [illegible] num 10. cum seqq [illegible] eod [illegible] c.p [illegible] ubi Imol. num. [illegible] ext de loca.* sicut & in feudalibus [illegible] *fundum. de feud cognit.* Nam in mobilibus quæ usu non meliorantur, sed aut pereunt utendo, aut fiunt deteriores [illegible] *hoc qua 22. C de adm n tuto l.1 & 2 ins [illegible] usufr ear rer qua usu cons[umuntur]* emphyte[usis] [illegible] constitui, & utile [domini]um alteri concedi facile non potest, *l 1 ubi Ias num 2 C. eod.* Formam huic contractui præcipue dat pactio contrahentium. Specialem verò, si nihil aliud convenit, forma in eo est, ut domi[nium] [illegible] dum retineat dominus, emphyteuta utile consequatur [illegible] ut in recognitionem directi dominii, [can]on per[illegible] qu[o]tannis solvat. Contrahitur tamen plerumque in scriptis [hic] contractus, *l. 1. & 2. C. eod.* etiamsi ad solemnitatem [scriptura] non requiratur: ut communior est opinio, *in d.l.1. ubi [illegible]*

Iaf. nu 12. & 16. Spec. de emphyt n 3. nisi in Ecclesiastica emphyteusi, *l. jubemus Auth. hoc jus C. de sacrosan Eccles & in Auth alien. & emphyt.* Nam alienationes Ecclesiasticæ omnes in scriptis fieri debent, *c. sine 12. qu. 12 ubi vide Reb. c. hoc jus 10. q. 2. vide Dd. in c. 2. de reb Eccles non alien.* Finis est, ut agri inculti & steriles, per culturam meliorentur: quod & nomen ipsum iudicat, *l. 3 & 7. Cod de fund. patri lib. 11.* Effectus idem qui nominatorum contractuum, nam nec pœnitere licet, *d. §. adeo d. l. 1 ubi Iaf. n. 9* & actio utrinque oritur quæ Condictio ex lege est, *Salic post Bart in d. l. 1. in fin. Cod. eod. Bartol in l unic de condit. l. ex lege.* sæpe etiam actio Realis, *Specul. de emphyt. num. 68 & 153. Imol. in d. c. potuit num. 22. l. 1. in fin. hoc tit.* Sed & omne commodum atque incommodum rei emphyteuticæ, contractu perfecto in emphyteutam transit, *l. 1. ubi Iaso num. 29. & 77. Cod eod Specul de emph nu 157 & 58. 161.* Finitur porrò emphyteusis, finita generatione seu sobole ejus qui accepit: *Spec. de emphy num 130 cum seq.* item præscriptione, *Salic in d. l. 2. num 23. Iaf num 72. 156. C eod tit per l comperit C. de præsc. 30 anno. c. 1. §. si quis per 30 annor. feud defunct. in usib feud* Sed & Canone per biennium in Ecclesiasticis, triennium vero in temporalibus non soluto, *l. 2 C. eod. c. potuit. de locat.* aut alienatione, ignorante domino facta, jure suo cadit emphyteuta: *l. fin 6. eod tit.* quemadmodum & quando pactis conventis stare detrectat: *§. cæterum §. si vero, in Auth de alien. & emphyt. Iaf in l. 2. num. 1. C. eod* aut dolo malo intervertere jus suum domino conatur: *Iaf. in d. l. 2 num. 68 C. eod per c vasallum, si de feud. contro § fi. de l Corradi.* quanquam ob solam inficiationem eum non privari, verius videtur, *Iaso præall. loc. in fin. quem vide.* Sed quod de præscriptione diximus, explicatione quadam opus habet. Sciendum enim est, libertatem ab emphyteuta non aliter præscribi, quam si causam possessionis domino mutet [illegible] bi gratia, quia dominus voluit recognosci dominium [illegible] pensionem in ejus recognitionem: & emphyteuta jus [illegible] ctum inficiatus est, atque exinde per 30. annos pro suo possedit, cæteroqui non præscribit causa possessionis non mutata, quia alieno nomine possidet, etiamsi canonem non solvat, *l. 2. d. l. cum notissimi.* *§ si C. de præscr. 30 an.* nam libertatem a canone poterit hoc modo præscribere 30 annis, *d. l. cum notissimi l. plures C. de fid. instrum.* directum porrò dominium nequaquam, donec mutata sit possessionis causa, quam ipsius sibi sine novo aliquo facto mutare nequit, *l. 3 § per quæ bona 19 § 1. de acquir. poss.* Potest enim recognosci dominium, etiam sine pensione, quia eam remittere dominus tacite vel expresse em[illegible] teutæ potest, jure domini manente, & durante ob [illegible] en[illegible] phyteusi: quamvis ea initio, sine canonis constitutione indu[illegible] potuisset, *Salicetus in d. l. cum notissimi §. fin. fac. l. cum satis C. de agr. & censib lib 12.* Et hæc quidem jure c[illegible] Jure Sax. quædam in emphyteuticis paulo aliter [illegible] enim emphyteuta cadit jure suo, etiamsi [illegible] net: sed dominus habet tantum jus Retta[illegible] non factæ solutionis, jus Pignoris. Est & alia [illegible] non [illegible] ventis usitata, videlicet ut canon duplicatus sol[illegible] locum tamen aliter non habet, quam cum initio ita est [illegible] ventum, *Land lib. 1 art. 54 cum gl. item gl. 2. c. 6. and art. 58. D Reinh diff. 11* Deinde quamvis jure c[illegible] emphyteuta canonem suis sumptibus ad dominum domi[illegible] tare, si sic requidem fors: *Bart in l item illa. de const pecun. norm. in cap. significante. de pign.* tamen jure Sax. contra se. va[illegible] tur. *Land. libro 1 art 54. ubi Zob.*

OBSERVATA.

Probatur esse utile dominiũ unde est Vindicatio hæc emphyteuticaria, s. actio vectigalis.

N. I. *Qui non quidem directum sed utile)* Rectissimè Bach. *h. t.* improbat distinctionem dominii minus pleni in directum & utile. *Imò cum in praxi sit utilissima, oleum & operam perdunt, quicunque eam in Scholis contemnunt.* Equidem textualis non est: solidissimo tamen argumento probatur; *quod quidam sint jus in re habentes, sc. vel* nudam proprietatem, *vel* modò omne (ac perpetuum) emolumentum, unde tamen rem ipsam vindicare possint & ad hæredes transmittere, *l. 1. §. 1. h. t. l. 5. C. de divers præd. urb. 2. F. 8. §. rei. & §. quamvis l. 71. §. pen. ult. de leg 1. l. 3. § 4. de reb. cor. q[illegible] § pen. de nov. op. nunc. junct. l. 19 de damn. inf. junct. l. fere. de legib.* quorum tamen jus non cadat in aliam speciem juris in re, quàm ejusmodi quæ dominio proxima, quæque exinde non malè nomine dominii directi vel utilis appellatur. Et licet ab Imp. *in l. un. C. de nud jur. Quirit. toll.* sublata sit differentia dominii civilis & naturalis, tamen exinde non rectè infertur, ergò & alias dominii distinctiones atque hanc sublatam esse: quippe illa in *ead. l. un.* à causa efficiente erat, nostra ab effectu & fine petita. Atque ex tali utili dominio est etiam actio *h. t. si ager vectig vel emph. pet.* h. e. utilis emphyteuticaria vindicatio, *externâ ratione* ob utilitatem (*qua simplicitatẽ potius spectare jubet,*) inducta. De origine emphyteuseos videri potest Befold. *in delibat. h. t. q. 7.* Oldend. *class 5. act. 17. rubr. de action. emphyteuticis p. 91.* & Giphan. *in l. 3. C. h. t.*

Ius emph. aliud dominiũ directi aliud possessoris. Quid hic actio vectigalis. A qua differt actio emphyt. personalis.

N. II. *A municipibus)* Licet enim fundus vectigalis municipum vel Reip. sit, tamen *jus in eo* aliquod habet & possessor, *l. 71. § pen. & f. de leg. 1.* Unde ipsi possessores vendebant *hoc suum jus* h. e. dominium utile, *l. si finita. §. sed in vectigali. de damn. inf.* Hinc etiam vectigalis actio *in h. t.* nihil aliud est, quàm *utilis rei vindicatio, ex utili dominio. emphyteutæ descendens, quæ ipsi datur pro jure suo tuendo adversus quemcunque possessorem, etiam dominum directum* Et de hoc dominio utili & utili rei vind. cum hic tantùm agatur, non opus habuisset Autor tam late tractare de contractu emphyteuseos & inde descendente actione personali, quæ sub tit. locat. cond. potius referenda fuissent, *arg. §. adeo I. de locat. cond.*

Emphyteusis ut conventio, quid.

N. III. *Quem hoc modo definire possumus)* Plusculа hic occurrunt observatu dignissima. I. cum definitio Autoris multis rationibus in vitio sit, ut demonstrabimus: rectiùs emphyteusis quà conventio, dicitur *contractus, quo dominus utile dominium rei suæ concedit alicui, ut is quotannis canonem solvat, in domini recognitionem, arg. d. §. adeo.* Præterea vero nonnunquam emphyteusis denotat *rem emphyteuticariam.* Frequenter *utile dominium emphyteutæ, l. 1. & 2. C. de jur. emphyt.* II. Sententia A. vera est, *esse contractum,* sed falsa ratio ex *l. 19. de V. S.* petita, quam confutavimus latè *supr. tit. de pact. num.* Vera est hæc, quod emphyteusis *ex se & sui natura obligationem producat & actionem.* III. Non contractus juris civilis, ut plerique volunt, sed gentium est. Exinde sua habet [illegible] talia, (1) quod *utile dominium sit apud emphyteutam, directum apud dominum.* (2) *solvatur canon modicus in recognitionem domini directi,* aliis quoque gentibus usurpata contractus tal[illegible] qui [illegible] fiunt, sunt juris [illegible] dem, quibus noster adeo affinis, ut fuerit d[illegible] tatum, utrum sit emptio venditio, an locatio conductio, *d. §. 3.* Quin & populi alii præter Romanos usi sunt agris sterilibus ita elocandis. Indicat id Arist. dicens, *primum omnium & præstanti[illegible] nium [illegible] ctum, quem agri reddunt, alios tributum s. pensionem aut decimam appellare. & disertius in seqq narrans de Byzantiis, quoties pecunia indigerent, publica eos prædia solo ad aliquod tempus, sterilia in perpetuum pecuniâ [illegible] sione certa concessisse. 1. Oecon 1.* Et apud Longobardos ceperunt [illegible] et usum emphyteuseos, *lib. 6 lege* Add. not. *c. de l. n. 14. vers. ab his principiis.* [illegible] rò notandum, quod Ægyptiis quoque hoc emphyteuticum non fuerit ignoratum, [illegible] tum, teste Josepho *2. antiqu. Judaic. 4. junct. Gen. 24. & Bened. Pererio ibid. Azo quæst mor. l. [illegible] q. & 3.* Neque officit *l. 1. C h. t. & d. § adeo. ibi. propriam statuit naturam. de loc. conduct.* Nam ibi [illegible] natura significat accidentia contractus quæ [illegible] per insunt, nisi per conventionem eximantur, *arg. l. 11. pr. de act. empt. l. 5. §. f. de præscr. verb.* Natura-

Quare sit contr. vera ratio.

Non est jur. civ. sed gent.

vocan-

vocatur JCtis, Aristoteli quæ ea, in quibus substantia rei posita est, consequuntur 1. *pr. analyt.* 27. & 30. Zeno enim contractui huic saltem *nomen appellativum* imbuit, accuratius quàm ante factum, eum distinxit, illiusque naturam explicatam dedit in *d. l. 1. C. h. t.* seu formam propriam (sine qua nec olim potuit existere) latentem manifestè detexit, sed prius non constituit. Multò levius autem ducit argumentum *ex l. 3. de l. & l.* Guid. de Zuzaria *de jur. emphyt. n. 1.* hæc enim est Hermogeniani JCti, qui tot seculis vixit ante Zenonem. Et qui potuit Hermogeniano in mentem venisse factum Zenonis, per secula multa subsecuturum, introducendæ ab illo emphyteuseos pro contractu civili? Vid. Forcatul. *in Necyom. dialog.* 24. *n.* 4. IV. Non modò nomen certum habet emphyteusis, sed & (quod addendum) certam contrahendi formam, *sec. not. ad tit. de pact. d. n.* 2. V.

Est b. fid. Re quoque Connano 7. *c.* 12. dicuntur bonæ fidei, non stricti juris; (1) quia ex emphyteusi oritur utrinque obligatio, *arg. d. §. 3 de loc. cond. junct. arg. §. 28. I. de act.* 2) quia comprehensus olim fuit sub locatione conductione; ubi nec dubitari potuit quin omnino etiam esset b. fidei. 3) Nullibi hodie constitutus est stricti juris, (4) quia omnes contractus consensuales sunt b. f. Hic autem est consensualis. Vid. Azor. *d. l.* 10. c. 1. *q.* 8. Valasc. *de jur. emphyt. q.* 9. Molina *tr. 3. d.* 447. *n.* 1. VI. Emphyteusis contrahitur vel in perpetuum, vel ad longum tempus, *l. 1. §. 3. h. t. junct. d. §. adeo.*

Est perp. vel ad longum tempus. Et est perpetuum hîc 1. *quoad emphyteutæ posteritas durat*, quia instar feudi concedi solet emphyteusis pro hæredibus aut liberis: 2. latiùs, *quod perpetuo durat*, quomodo dicitur *in d. §. adeo.* canone soluto transire emphyteusin ad quoscunque successores, singulares & universales. *Vid. Bach. in not.* Hæcque *perpetuitas est de natura* hujus contractus, *& temporalitas saltem ex accidenti*, ut rectè ait idem *ad Tr. disp.* 19. *K.* Quod si ad longum tempus contractum fuit negotium, non statim emphyteusis est, sed si canon modicus in recognitionem interim pendatur, translato dominio utili, *arg. d. §. adeo. junct. arg.* 66. *de rei vind.* Vid. Dn. Frantzk. *exerc.* 11. *q.* 2. Si verò pensio proportionata magis fructibus, locatio quædam est, non emphyteusis, nisi *ἀνωμάλως*. Nec enim vera est opinio Molinæ *tr. 2. disp.* 144. *n.* 1. *inf.* post Valascum ibi citatum, & Filliucium *tr.* 36. *c.* 7. *n.* 120. volentium arbitrarium esse, an pensio hîc modica esse debeat; sic enim statim transitur in aliam contractus speciem. VII. Non est verum, emphyteusin in Ecclesiis saltem esse temporalem, quia licet constet ex *N.* 7. *c.* 3. illam ad tertiam saltem generationem esse constituendam, adeoque non ultra nepotes, tamen hoc postea correctum per *N.* 120. *c.* 6. §. 1. & *N.* 5. 2. ut & Ecclesia possit eam constituere in perpetuum, h. e. ad quoscunque hæredes transituram, excepta solum Ecclesia majore Constantinopolitana. Ideoque falsum est propterea distingui emphyteusin in Ecclesiasticam & civilem. Nam ut ipse Wesenb. mox fatetur, ea distinctio est saltem *ab objecto*, s. re ab Ecclesia vel privato in emphyteusin concessa. Conf. tamen Bachov. *ad Tr. d.* 29. *th.* 10. & Nobiliss. Dn. Frantzk. *de laudem. c.* 9. *n.* 37. *& mult. seqq.* VIII. Redit A. tandem ad jus emphyteuticum, ubi h. n. agit de

Ut constituatur emphyteusis. modis, quibus conceditur. Ubi exactè distinguere oportet, inter modos constituendi & acquirendi. Constituitur vero jus emphyt. vel *inter vivos* vel *mortis causa*. Inter vivos *per contractum emphyteuticum*, quando agitur, ut dominio directo retento, utile in emphyteutam transferatur, ita tamen, ut in recognitionem domini directi canon ab eodem solvatur, *arg. d. adeo. I. d. loc. cond.* Ex hoc contingit, sive dominus nomine

concedat emphyteusin alicui, sive emphyteutæ alteri eam vendenti consentiat, *l. 3. C. h. t.* Mortis causâ constituitur emphyteusis, *e. g. per legatum vel donationem mortis* causa. Nec officit quod legatarius jus in re & dominium accipiat rei legatæ, *l. 64. de furt.* Nam hoc semper intelligendum in terminis, ut loquuntur, habilibus. Et legatum emphyteuseos fit certâ conditione, sc. sub præstatione pensionis, quod non nisi volente, atque adeo per consensum hæredum emphyteusin deinceps verè constituente legatario fieri potest; *arg. l. 6. pr. de acq. hered.* Concurrit autem hîc *constitutio cum promissione*; nam quàm primùm promissa est emphyteusis, eo ipso etiam constituta censetur, *cum promissio non possit non fieri nisi per consensum de re concedenda juri utilis domini in emphyteusin, sub canonis præstatione.* Acquiritur emphyteusis (1) traditione vel

Quom. acquiratur patientiâ. *arg. l. 3. de usufruct.* 2) præscriptione, *arg. l. ult. C. de fund. patrim.* 2. *F.* 26. §. *si quis.* vocaturque in specie jus colonarium vel perpetuæ coloniæ, quo de eleganter agit Hier. Schurff. *cons.* 21. *cent.* 2. (3) successione. Horumque effectus est quod ex constituto jure emphyteuseos per contractum, oritur jus ad rem s. obligatio & inde descendens actio emphyteutica *s. emphyteuticaria personalis*; ex acquisita verò emphyteusi jus in re s. utile dominium, & actio vectigalis s. *utilis rei vindicatio* IX. Quin possit esse emphyteusis in fundis & prædiis rusticis non est dubium,

Est & in ædificiis urbanis. sed & in urbanis ædificiis ei locum dari constat ex *N.* 7. *c.* 3. §. *sive. N.* 120. *c.* 1. §. 3. ut & in aliis immobilibus, *l.* 15. §. 26. *de damn. inf. auth. si quas C. SS. Eccles.* Usus etiam id docet vel hîc, exemplo Cœnobii ad D. Ludgeri, quod in plerisque suburbii occidentalis & in multis oppidi hujus ædibus ejusmodi emphyteusin habet. Et confirmat, quod Dn. Antecessores Facult. responderunt Quedlinburgum Ulrico Trouben verb. daß nach anweisung der Beylagen und sonderlich des Erbzinsbrieffes de dato 1534. mit B. signiret/ vorgedachtes Hauß und Hoff ein solches Erbenzinsgut sey &c. anno 1614. 13. Mart. Add. elesis Alvar. Valasc. *de jur. emph p.* 1. *q.* 12. *n.* 4. X. Nec Scriptura hîc re-

Non requirit scripturam. quiritur, tum quod contractus sit consensu constans, *arg. l. 4. de pignor.* tum quod ex omissione Scripturæ non vitietur, *l. 3. C. h. t. N.* 120. *c.* 3. tum quod præscriptione, atque ita sine scriptura, acquiri possit. Nec duo ablativi, ut absurdè nonnulli ex *l. 1. ibi: scripturâ interveniente, C. h. t.* colligunt, conditionem vel necessitatem important, *arg. l. 2. §. 1. ibi: exactis regibus de O. I.* §. 1. *I. de empt. vend. l. f. §. fin. de dot. præl. junct. l. ob exactionem C. de dot. promiss.* Add. Filliuc. *d. tr.* 36. *c.* 7. *n.* 130. *inf.* Molin. *d. tr.* 2. *d.* 447 *n.* 5. qui dubitanter id & nulla ratione ad emphyt. Ecclesiasticam restringit. Ipse enim consitetur perdito instrumento emphyt. eam probari per hominum testimonia. *disp. seqq.* Neque etiam fundamentum habere videtur distinctio quorundam, quod scriptura requiratur ad essentiam contractus emphyteutici & *actus illius transitoria, dum ille fit & celebratur*, non verò ad essentiam ipsius rei & juris acquisiti. Quippe nec hoc quidem, sed illud adhuc in quæstione est. Et quamvis malè sentiat Furcat. *Necyom. dial.* 19. *inf.* perdito instrumento emphyteutico, actum esse de contractu emphyteuseos; tamen non magis verum est, quod ad ipsum contractum scriptura præcisè requiratur, per rationes prægnantes supra allatas; tum quia acquisita emphyt. per præscriptionem non modò benè subsistere potest sine scriptura, sed & nec arbitrio ad suffe[ctionem] literas requirit. Denique quod specialiter asserit Autor de emphyteusi ecclesiastica *ex cit. text.* probari nequit. Conf. D. Perez. *C. h. n.* 2. Gyph. *d. c.* 3 *n.* 18. & 19. Cæterum docet hodie concessionem ... literis

 desuper

Sterilitas est causa impuls. emphyt. Ex contr. emph. nô est cond. ex lege.

desuper factis, durch einen Erbzinsbrieff. XI. Non dixerim cum A. h. finem emphyteuseos esse, ut agri steriles colantur; sed causam esse impulsivam l. finem originarium. Optimi enim agri quin hodie in emphyteusin dari possint, indubium est. Quanta verò hujus contractus sit utilitas, dum hominum adinctione & culturâ agrorum qui antea steriles fuerant, Resp. ampliatur, *l. 7. §. 3. de bon. damnat.* Ob quam etiam causam agri pro derelictis habiti cuivis occupanti concessi, *l. 1. pro derel.* ut potius colantur quam negligantur. Adeo, ut novus cultor hujusmodi agros delertor contra verum dominum biennio præscribere possit, *l. 8. C. de omn. agr. desert.* videri potest copiosissimè apud Gryphiandr. *Oecon. leg. 1. l. 1. c. 30. n. 8. & mult. seqq.* XII. Omnino falsum est dari ex emphyt. contractu condictionem ex lege; 1) ex hypothesi ipsius Autoris qui dixit esse contractum, & quidem nominatum, (2) quia obligatio, ceu mater & causa actionis personalis, non est ex Zenonis constitutione inducta, sed longè ante eum fuit, *arg. suprad. §. adeo l. d. locat. cond.* Ergo actiu hinc descendens personalis est, neutiquam realis; hæc enim ex jure emphyt. oritur, aliàs actio vectigalis, in rem, & utilis rei vindicatio, illa verò ex contractu emphyt. actio emphyteutica vel emphyteuticaria rectè docente Oldend. *d. cl. 5. act. ult.* ubi & de contractu & de jure emphyt. singulatim agit. Conf. Bach. *in not.* XIII. Commodum quod perfecto contractu hoc ad emphyteutam transit (modò & traditio aut simile quid intervenerit, *arg. l. 3. de O. & A. l. 21. C. de pact.*) est plenissima rei in emphyteusin datæ utilitas, seu *utile dominium*, quod includit 1. jus possidendi, 2. transferendi ad hæredes & 3. jus vindicandi, *d. §. adeo. l. 1. C. h. t. l. 1. ff. eod.* arctior autem emphyteutæ obligatio est, quàm domini, & largior ac quæstus; v. Gryph. *d. c. n. 40. 41. & in seqq.* Incommodum est *damnum rei particulare*, & quod ob sterilitatem vel bellum, canonis non fiat remissio, *arg. d. l. 1. C. h. t.* Secus, ubi pensio esset magna & ferè æqualis fructibus. Vid. Less. *d. l. & l. c. 24. dub. 8. n. 49. & 50.* XIV. Finiri emphyteusin finita *generatione* obtinet demum in hypothesi, si sc. alicui concessum pro se & hæredibus; nam ut thesi verum est, quod emphyteusis etiam ad extraneos & singulares successo es transeat, masculos & fœminas, *N. 7. c. 3.* præcipuè Ecclesiastica perpetua sit, Klock, *t. 2. cons. 47.* XV. Finitur & *canone non soluto*, sic ut emphyteuta ipso jure cadat & privetur, lege pœnam indicente cessationi canonis solvendi, namque insigni damno afficit dominum & se quodammodo dominum facere intendit, contra principia justitiæ part. pluris usurpator, *l. 2. C. h. N. 7. cap. 8.* Attamen ut effectus legis sequatur, opus est 1. ut *de facto constet*, emphyteutam sc. cessasse; unde etiam & audiri debet, 2. ut *dominus jus suum vere exerceat*, s. declaret voluntatem suam sententiâ aliquâ, quod non amplius velit concedere emphyteusin propter canonem non solutum privatoriâ, *d. l. 2. C. h. t. junct. l. 31. ibi: jure suo dominus esset de pignor.* Clar. §. *emphyteusis. q. 9.* Potest ... um, ut sæpe fit ejusmodi jus remittere. Multò minus cessantem propria autoritate expellere debet dominus: sed ordinarium admittere processum, vel coram se, si ipse jurisdictionem habeat, vel si privatus sit, coram judice aliàs competente; emphyteusis enim non tribuit jurisdictionem, Bald. *in c. cæterum. n. 11. de judic.* Thom. Merckelbach. ap. Klock. *t. 1. cons. 10. n. 811. & cons. 49. n. 27. & seqq. tom. 2.* quod etiam pluribus exponit, limitatque Dn. Stuck. *p. 1. cons. 27. n. 584. & in seqq.* Quin & quandoque mora hic purgatur per celerem oblationem, antequam dominus declaraverit caducita-

Commoda & incommoda.

Ut finita emphyt. finita generat.

Ut canone non soluto.

Non licet prop. exp. autor.

Emphyt. non trib. jurisd.

Mora purgatur cel. obl.

tem, *l. 2. verb. si voluerit. C. h.* Conf. Gryphiandr. *d. c. n. 115. 116. & in seqq.* Ita Dn. Antecessores Facult. ad Mauhæ. Quæst. Estebruggum in agro Bremensi, verb. Es können auch jedoch diese Länderen hierumb nicht genommen werden/ daß/ wie der Zins davon auff Petri oder Mitfasten dieses 1611. Jahrs betagt gewesen/ ihr darnegst des Mittewochens nach Lætare denselben dem alten Closter offeriret und der nicht angenommen werden wollen/ sondern ihr habt *hac celeri satisfactione*, in dieser *Ecclesiastica emphyteusi moram purgiret/ sec. text. & quæ scribunt Dd. in c. potuit. de loc. cond.* daß also auch zu einigem interesse ihr dießfals nicht verpflichtet. V. R. W. Verum etiam hoc est, si ipse semel admonitus solverit; tunc enim moram quoque purgat saltim ex æquitate, nam jure testi... secus est *d. l. 2. C. h. junct. l. 12. C. de contr. & comm. stipul.* vid. post Filliuc. *tr. 36. c. 7. n. 131.* Cardinalis de Lugo *d. 30. sect. 1. n. 87.* Add. Molin. *d. tr. 32. disp. 452. junct. disp. 453.* Secus planè *in partis solutione vel oblatione, arg. l. 21. de reb. cred.* Spectat huc quoque Responsum ad Ulricum Trouben *anno 1614. 13. Mart. verb.* das vorgedachtes Hauß und Hoff ein solch Erbenzinsgut sey/ dessen der Erbenzinßmann *ob canonem* von *anno* 1607 biß auff 1610 *non solutum*, sich verlustig gemacht/ und demnach wan hierumb ihme nicht etwan vergünstigung mag widerfahren/ kan dieß Gut eingezogen und einem andern zu Erbenzins außgethan werden / und ist gleichwol vörige und alle nachstehende und betagte Zinse dieser Erbenzinsmann abzutragen und zu bezahlen schüldig. V. R. W. *Nec non ad C. A. D. L. ann. currente 1649. m. Julio verbis:* haben etliche des Closters S. L. Erbenzinsleute den Erbenzinsherrn den gebürenden Canonem, welcher gar geringe seyn soll/ in vielen Jahren/auch vor dem Kriegswesen nicht abgetragen / so haben selbige Leute das durch der Güter zu rechte sich verlustig gemacht/ seind dieselbe caduc worden/ und dem Closter heimgefallen. Es ist aber der sicherste Weg/ daß die Leute vor der Obrigkeit zuvor gehöret / ob etwa bey vorgangenem Kriegsleufften die Leute umbkommen / und keiner der äcker sich angemasset / die Kinder unbevormundet geblieben / oder ob ein oder ander den Erbenzins newlicher Jahren erleget/ den Erbenzinsherrn damit erkennet/ und zu abtrag des hinterstelligen Canonis sich anheisig gemacht / und also in diesem und dergleichen Fällen die Billigkeit beobachtet würde. V. R. W. XVI. Non ex quavis alienatione jure suo cadit emphyteuta, sed tantùm si ignorante domino *vendit, per l. 1. C. h. t.* Ideoque quin inconsulto domino eam validè *oppignoret, donet, leget, in ea hæredem instituat, in dotem det filiæ suæ, arg. 2. f. 13. junct. l. 3. C. de jur. dot. l. 16. 9. f. l. 17. l. 31. de pignor. act. l. 72. §. pen. & ult. de leg. 1. l. 217. de V. S.* dubitare non oportet. Quo modo responsum fuit à Collegio n. Jurid. Johannes Mund anno 1622. 13. Febr. verbis: das auff den morgen Ackers oder Gärten/ darauff der mit A. n ... Erbenzinsbrieff lautet/ Geld wol mögen erborget werden/ und derjenige welcher dieses Garten f... allmassen ihm solches abzutragen und zu bezahlen schüldig. V. R. W. Add. de venditione prævia denunciatione haud dissimilia Dn. Frantzk. *de laudem. c. ... n. 130. & seqq.* Ex statuto tamen passim & in hi... consensus domini requiritur. Eoque pertinet salub... ma constitutio D. H. Julii D. B. & L. wegen nicht ... eusserung oder beschwerung der Lehn ... Erbzins und Meyergüter. publicata 3. *April. anno* 1593. Puto ... hoc casu dominum agere posse electivè vel *ad privationem* utili rei vindicatione, vel ex contractu actione emphyteuticaria personali, si forte ... rem vindicare ... canonem non solutum ...

Non per part. sol.

Emphyteutam per vend. alienare sed non vendere.

Ant.

An jus emphyt. 30. ann. possit acquiri.

Ant. Fab. *in Cod. tit. 4. t. 42. def. 7.* XVII. Quæstio de præscriptione emphyteuseos omnis *fere triplex* est. Nam (1) Quæritur. *An jus emphyteuticum 30. ann. præscriptione acquiri possit?* Quod aff. quia si quis rem aliquam ut feudum possederit tanto tempore & servitia domino exhibuerit, illam 1. feud. acquirit, 2. *F.* 26. §. *si quis.* Mynsing. 4. *obs.* 19. (2) Quæstio est, *An emphyteuta directum dominium* daß obereigenthumb des Erbenzinsguts *possit præscribere, non solvendo canonem* 30. *&* 40. *annis.* Et dist. solet. (quo etiam tendit Wesenb. *h.*) vel detinet *ut emphyteuta*, vel *pro suo*. Illo casu non potest præscribere, quia semper titulo alieno possidet, *arg. l. 2. l. 7. §. f. C. de præscr. 30. ann. l. 25. locat.* Hoc casu potest, si sc. intervertat causam possidendi & titulum alleget de canone solvendo interpellantis, in quo dominus per dictum tempus acquiescat, *arg. l. 12. l. 18. de vi & vi arm. l. f. C. de præscr. 30. ann.* Denique (3) in quæstionem venit, *An libertas à canone solvendo 30. annis præscribatur, manente adhuc emphyteusi?* Et hoc quidem aff. Wesenb. *h. arg. l. 7. §. f. de præscr. 30. ann.* & quod possit recognosci dominium etiam sine pensione. Verùm sententia *negativa verior* est, quia canonis solutio est de essentia hujus contractus. Nec officit *arg. d. l. 7. §. f.* Nam annui reditus & alia jura quidem præscribi possunt 30. annis, sed eorum non æqualis semper ratio est. Et qualitas emphyteutica huic præscriptioni planè adversatur, in eo consistens, ut pro dominio utili canon solvatur. Deinde, si e. g. per literas reversales quotannis recognoscatur dominium (ubi fortè ita conventum) tum inutilis redditur hæc quæstio, quam ipse Autor non nisi de emphyteusi in thesi, quæ nulla sine canone, intelligit. Quin id in effectu perinde est, nec tum enim 30. annis libertas à recognitione illa præscripta erit, quia ejusmodi recognitio æquipollet illi, quæ fit solutione canonis. Ubi autem nulla per solutionem canonis recognitio, ibi nulla emphyteusis. Nec facit, quod remitti possit pensio, ipsa verò remissione recognoscatur dominium directum, ceu omnis liberatio vel renunciatio sit juris competentis; quia exinde futuri canones remissi non censentur, cum aliàs redeat illud, quod nulla hæc possit esse emphyteusis. Quod si excipias, posse tamen solutis quibusdam pensionibus constitui, ut deinceps recognoscatur dominium per literas anniversarias, replicabo, quod tum itidem evanescat quæstio nostra, nec tum possit dici per præscriptionem acquisitam libertatem à canone solvendo, sed per benevolam conventionem, & liberationem. His (4) potest addi Quæstio: *An*

An emphyteuta directum dominiú possit præscribere.

An libertas à canon. solv. 30. annis præscribatur.

Dominus directus possit præscribere dominium utile? quam movet & rectè affirmat Bachov. *in not. h.* ex rationis paritate. XVIII. Illud singulare est, quod Jur. Sax. dominus emphyteuseos in bonis emphyteutæ non modò habeat *jus pignoris tacitum*, sed & *jus prælationis*. Hinc idem bonis cedente emphyteuta, ratione der nachstendigen Erbenzinsen / inter creditores merè privilegiarios collocari solet. Sed Quær. *An de jure communi jus hypotheca habeat dominus emphyteuseos?* Aff. Mich. Beuth. *de jure prælat. p. 1. c. 13. & 54.* per *l. 7. in quibus caus. pign. vel hypoth. l. 5. & 6. qui pot. in pign.* Verùm *l. 5. & 6.* non de jure pignoris sed privilegio prælationis inter chirographarios agunt: item de illo qui ad rem conservandam credidit: at *l. 7.* de fructibus in prædium locatum inductis. Nec magis pro ea sententia sunt *l. 1. qui pot. in pign. l. 31. de pignor. l. 15. qui pot. in pign.* Quippe *l. 1.* est de eo qui ad ædes emendas credidit, *l. 31.* verò de eo casu ubi fundus emphyteuticus pignori datus per conventionem expressam. Et *l. 15.* loquitur de domino soli superficiatu, qui inter merè privilegiarios referri solet. *Cum ideoque de domino emphyteuseos nullibi sit constitutum, quod jus taciti pignoris habeat in bonis emphyteuta, rectius illud negatur, eique tantùm* jus & privilegium personale tribuitur inter chirographarios. Denique modis finiendæ emphyteuseos addi potest, quod etiam desinat, si emphyteuta rem ipsam emphyt. notabiliter reddat deteriorem, *auth. qui rem C de SS. Eccles.* Ita Dn. Antecessores Facult. ad Capit. N. Halberstad. anno 603. 27. Jan. verbis: daß nach außweisung so wol des Erbenzinsbriefes / so von Ewren antecessoren Hansen Salman und seinen Leibeserben über einen Hoff mit 5. huffen Landes zu Grünigen belegen / im anno 1553. gegeben/ als gemeiner beschrieben Rechte/ ihr diesen Hoff und angehörige Länderey/ so in keiner besserung erhalten/ sondern wüste worden und verlassen/ an euch hinwieder zu nehmen befugt. V. R. W. Confer. Mol. *d. tr. disp. 457. n. 2.* & Gryphiandrum *d. c. 30. n. 98. & seqq.* ubi quod tria intervenire debeant, ut modò dictæ privationi locus sit, eleganter exponit. Dn. Mævium *p. 3. dec.* 288. quod per solutionem uniformis canonis longissimo tempore factam, non inducatur emphyteutici contractus præsumptio, nisi illa facta sit veluti ab emphyteuta. Quod vasallus rem feudalem sine consensu domini feudi in emphyteusin concedere nequeat, noviss. Dn. Richter. *p. 6. cons.* 22. *n. 1. & seqq.* & de tota materia *eleg. tract. de jure emphyt.*

An dominus directus præscribat dominium utile.

An dominus habeat jus hypothecæ.

Finitur emphyt. re emphyt deteriorata.

DIGESTORUM LIB. VII.

TITULUS I. C. 3. 33.

De Vsufructu, & quemadmodum quis utatur, fruatur.

1. Continuatio.

2. Cur dicatur fundi servitus.

HACTENUS de rerum corporalium Vendicatione tractatum est, nunc de rebus incorporalibus quæ quidem vendicari possunt, agamus. Res autem incorporales, quæ in rei vendicationem cadunt, sunt servitutes, non quidem hominis, sed fundi.

Ut enim homo, amissa libertate, servitutem servire dicitur: ita res quælibet, quæ alteri quam suo domino subest, servitutem atque obedientiam quodammodo debet. *l. traditio 20. de acquir. rerum domin. l. non tantum 169. de verb. signif.*

3. Divisio servitutis.

4. Species servitutis personalis.

Harum autem servitutum aliæ Personales sunt, aliæ Reales. Personarum sunt, quæ personis debentur, & sine persona utentis esse nequeunt. Rerum sive prædiales servitutes, vocant onera & jura, quæ inhærent prædio servienti, debentur autem alteri dominanti: sine quibus duobus correlativis stare non possunt.

In personalibus servitutibus numerantur Ususfructus, Usus.

Usus, *l. usufructus de stipul. servorum.* Habitatio. Sed de usufructu prius videamus. Constituunt autem Dd. usumfructum alterum Causalem, alterum Formalem. *gloss. verb. jus ubi etiam Angel. Fab. & Dd. in princ. Instit. eod.* Causalem vocant, qui conjunctus est cum causa rei, hoc est, quem dominus habet ex causa rei, seu jure dominii: *l. si cum argumentum 21. §. pen. de except. rei jud.* dominii enim præcipuus usus est in rei fruitione: unde ususfructus, dominii pars esse dicitur *l. 4. h. t.* De hoc usufructu hic propriè non agimus. *l. quod nostrum. 43. hoc tit.* Loquimur enim de usufructu hic, prout est servitus, & vendicari potest separatim: *xo. tit. si usufru. peta.* non prout pars dominii, nam dominus re sua utitur, non servitutis, sed dominii *l. in re mand. 21. C. mand. vid. Dd. in Rub. de acquir. rer. dom.* jure, Neque talis ususfructus separatim a re vendicatur, sed rei vendicationi inest: res enim sua separatim nemini servit. *l. uti frui infr. si ususfruct. petat.* Altera itaque species ususfructus, de qua hic titulus agit, appellatur a Dd. Formalis: quoniam est forma quædam utendi fruendi, a proprietate separata, *gloss. in d. l. si cum argentum. §. pen. ad verb. summ de except. rei jud. & in princ. In stit. eod. Bald. & Dd in l. usufru. 57. ff. solut. matrim.* quæ ad hunc modum definitur:

5. *Quid sit ususfructus.*

Ususfructus, est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. *l. 1. h. t. in prin.* Usumfructum ergo hic accipimus, non pro dominio, aut ejus parte, ut aliquando capi videmus: *l. quoti usumfructum 58. de verb. oblig. l. 4. hoc tit.* sed pro servitute, quæ in jure consistit. Est igitur ususfructus separatum jus a proprietate sive dominio rei: & quidem jus, hoc est, jure constituta facultas utendi fruendi.

6. *Quarum rerum ususfructus habeatur.*

Additur in definitione ALIENIS REBUS: oportet enim res alienas esse, quarum usumfructum habemus. *Inst. eod. vers. usufru.* Nam quæ nostræ sunt, hæ nobis servire non possunt: sed jure dominii, non servitutis (ut paulò ante dictum est) his utimur fruimur, *l. uti frui 5 in f. si ususfr. peta. l. in re 26. de servit. urban. prædior. l. si cum argentum 21. §. si fundum 3. de except. rei judic.*

7. *Quid usus fit in ususfructu.*

Porrò verbo utendi fruendi, omnes fructus, omniaque omnino veniunt emolumenta, quæcunque ex fundo aut ejus occasione percipiuntur, non modò naturalia, *l. item si fundi 9.* sed etiam civilia: ut pensiones, usuræ, aliæque obventiones civiles: *l. usufru. 7. hoc tit.* quæ videlicet non ex ipsa præcipuè renascuntur, & proinde nec sunt in fructu, *d. l. item si* sed industria hominis, qui rem utendo utilem facit, comparantur: item utilitas fodiendi, cædendi, pascendi, *d. l. item 9. §. sed si hoc tit. Ias. & Dd. in §. si vir. l. divortio inf. solut. matrim. vide Sax. lib. 1. art. 33. Reinhart. in ult. part. diff. 7.* &c.

9. *Quod fructus ab usu differat,*

Apud I. C. autem Usus & fructus hoc differunt, quod usus non plus habet quam quantum satis est quotidianis necessitatibus utentis: *in prin. Inst. de usu & habitat.* unde Usus esse, pro Opus esse, Latinis dicitur: at fructus comprehendit omne omnino commodum, non modò ad necessitatem, sed etiam ad lucrum & voluptatem pertinens. Unde non immeritò dixit Ulpianus, *l. per servum. 14 §. 1. infr. de usu & habitat. vide quæ dixi Inst. de usufr. & de usu & hab.* Fructui usum inesse, usui fructum deesse posse. Frui enim nemo ad lucrum aut voluptatem re potest, nisi prius utatur: id est, inde sumat ea, quibus opus habet. Verum uti potest ad vitæ necessitates sine fructu id est, citra majus aliquod lucrum, aut perceptionem ad voluptatem quæsitumque comparatam, ultra usum. Utcunque sit, liquet ex his verbis, jus utendi fruendi, omnem omnino utilitatem, quam quocunque modo res afferre potest, ad ususfructuarium pertinere. Addit postremò, SALVA RERUM SUBSTANTIA.

& ususfructuarius alterius.

8. *Quomodo ususfructuarius debeat.*

Non enim oportet usufructuarium deteriorem facere rei substantiam. sed uti frui debet arbitratu boni viri, & patrisfam. *l. sed cum 65. h. t.* ita ut securus sit dominus de proprietate *l. si cujus 13. in prin. h. t. l. 1. infr. usufr. quem ca.* alioqui ab eo conveniri potest ad Interesse, ex stipulatione, quam præstare usufructuarius cogitur, *l. damni infecti stipulatio 18. §. si cujus. 2. de damno infecto l. inter fructuarium. 10. de damno infe. l. 1. infr. usufruct. quem cav. vid. gl. & Dd. in l. 4. C. eo.* Causa remota Lex est. Consuetudo, ut nunc in dotalitiis, item Senatusconsultum *infr. de usufruct. ear. rer.* Propinquior, Pactum constituentium, *§. 1. Inst. eod.* Præscriptio, item ultima voluntas, qua ususfructus relinquitur. *d. §. 1. & 8. tit. de usufruct. leg.* Proxima, Quasi traditio per inductionem & patientiam, *l. 5. hoc tit.* Adjudicatio in duplicibus judiciis. *l. ususfr. 6. h. t. junct. §. ult. Inst. de off. jud.* &c. Materia in qua constituitur corpus aliquod *l. 2. h. t. l. 5. §. 2. quibus mod. us. amit.* mobile, *l. 7. l. sed si 15. §. 3. l. numismatum. 28. l. statua 41. hoc t. §. 2. Inst. eod.* movens, *l. servi. 45. l. vetus 68. h. tit. d. §. 2. Instit. eod.* immobile: *§. 2. Inst. eod l. uti posse fid.* cujus tamen usus absque abusu esse possit. *vid. infr. de usufruct. ear. rer. §. 2. Instit. eod* Forma, ut patientia constituentis, & usurpatione ejus cui constitutus est, introducatur: *l. 3 hoc tit.* quæ in corporalibus, cujusmodi est ususfructus. *§. 1. Instit. de reb. incorp.* pro traditione habetur. *l. 2. de act. empt* Pactio igitur vel testamentum inducit jus. Ad rem personale, ad petendum usumfructum: patientia & usus, jus in re, ut loquuntur, reale. Finis & effectus, uti frui re aliena, ad vitam tantum, non ulterius. *§. 1. Instit. eod. & infr. quibus mod. ususfruct.* Adjacens, uti boni viri arbitratu *vide infr. usufr. quemadm. cave.* Affinis, Usus: de quo paulò post. Contraria, illa quæ vel impediunt usumfructum constitui, vel constitutum extinguunt. *vide infr. quibus modis usufruct. amit. §. 3. Instit. eod.*

10. *Dispositio titulorum sequentium.*

Et hæc quidem generatim dicta sufficiant, ad intelligendum quid sit ususfructus: nunc amplius quomodo acquiratur, amittatur, quibus in rebus constituatur, quæ actiones de usufructu proditæ sint, persequemur.

O B S E R V A T A.

Ratio connexionis.

N. I. *De rebus incorporalibus*) Rectiùs dicitur, *Vindicationem, ut in genere est juris in re adsertio s. actio in rem, §. 15. de act. esse rerum corporalium vel incorporalium s. servitutum. Add. not. ad l. si ususfr. pet. & obs. ad n. 1. de rei vindic.* Inter vindicationes sive judicia in rem excellunt quæ ex *hereditate* & ex *dominio*, de quibus hactenus. Alia sunt *ex Servitute §. 2. de act.* qua de latiùs hic agitur. Vox Servitutis significat. 1. in tractatu personarum, quando *homo alterius dominio* subjicitur, *§. 1. de jur. pers.* 2. in tractatu rerum, ubi *res aliena servit. arg. l. ,. pr. & §. 1. si ususfr. pet. l. 23. §. 1. de S. P. R.* Unde patet, distinctionem *in servitutem hominis & fundi*, quâ utitur A. *n. 2.* esse vocabuli *æquivoci in sua æquivocata.* Servus domino suo servit ut ipsi proprius & sub potestate, res hic ut propria sive in dominio & domino suo non servit, sed cuipiam extraneo non domino, *d. l. 5. l. 25. de V. S.* ex jure in re alio quàm domino constituto. Ejusdem farinæ est quod habet *Less. de I. & I. l. 2. c. 3. dub. 7. n. 29.* & Filiuc. *tr. 31. c. 3. n. 77.* servitutem aliam esse *mere personalem, aliam mere realem, aliam mixtam.* Porrò Servitus ut de rebus est, accipitur iterum dupliciter, 1. *pro qualitate rei serviens subjecta.* Sic est *habitudo, (affectio, Theologis moral. obligatio passiva realis) serviendi rei alienæ corporalis.* Quo sensu res aliæ dicuntur *liberæ*, aliæ *servæ* vel servientes *d. l. 23. §. 1. de S. P. R. l. 30. pr. & §. 1. de S. P. V.* prædia servitutem pati debere, *l. 12. l. 21. eod.* res servire usufructuario, *arg. pr. de usufr. l. 1. de servit.* 2. denotat *jus quod prædictæ subjectioni respondet.* Quomodo v. c. usufructuarius habet *jus utendi re proprietarii*, & domus in cujus utilitatem altera tolli nequit, est jus altius non tollendi, *§. 2. de act.* Ita diximus servitutem *dissert. de jur. rer. concl. 51.* jus in re aliena corporali constitutum, ad alterius alicujus vel rei vel personæ utilitatem. Fortean concinnius finiri potest *jus (potestas, facultas) ad serviendum in re aliena corporali constitutum*, dienstbarkeit/ dienstgerechtigkeit. Jus in re dicitur *l. 30. de noxal. act. l. 13. §. 1. l. 19. de damn. inf. l. 2. §. 22. de vi bon. rapt. arg. l. 13. §. 1. C. de judic.* Servire *est ex re utilitatem præbere alterius rei vel personæ, l. 1. de serv. l. 5. §. 1. si ususfr. pet.* Quæ quidem utilitas non comparata circa substantiam, qualem ex re sua dominus habet, *l. 21. C. mand.* sed circa accidentia, *ut sunt* commoditates prædiorum, personarum usus, fructus, habitatio *d. l. 5. §. 1.* tum quia jus

Vox servitutis dupliciter accipitur. Servitus fundi & hominis est de gen. æquiv.

Servitus ut de rebus, dupliciter accipitur.

Hic est jus in re quæ servit.

Definitio.

Servitus est faciens de eis accidentibus. Ratio duplex.

jus hic est non domino in re aliena, *pr. de usufr. d. l. 1.* tum, quia eadem, quo ad corpus: ita non afficitur, ut ipsa vindicari possit, sed jus tantùm servitutis incorporalis, *l. 1. §. f. de rer. divis. d. l. 5. §. 2. si usufr. pet. §. 2. de act.* & ut cogatur alter pati aut non facere, *l. 15. §. 1. de servit. l. 1. de acqu. pluv. arc.* Cæterum *origo* hujusmodi juris quin sit *ex jure gentium*, nullus dubito, *arg. §. pen. de I. N. G. & C. ubi* Bart. Add. Sutholt. *disp. 1. aph. 7.* Dn. Tab. *pars. elem. part. 2. th. 1. n. 11.* inductâ enim rerum distinctione exortum est, juri naturali ignoratum. *Domus*, inquit Aristot. 1. *Oecon. 6. aptanda fuit ad facultates, ad sanitatem & ad incolentium usum. Ad facultates ut conveniret fructibus, vestimentis, mensibus: ut interdum loca ejus essent perflabilia, alia apta servis, liberis, mulieribus, viris, hospitibus, civibus. Ad sanitatem, si domus æstate ventis esset exposita, & soli hyeme, &c.* Has autem commoditates dominus ædium singulas qui habere potuit, nisi vicinarum ædium prædiorumve dominos in auxilium vocasset? ut quid utilitatis illi de suis quoque vicino largirentur, constitutâ servitute, Eademque, quin & facilior, servitutis personalis inducendæ ratio fuit; cum, qui rem propriam & in arbitrio habet, facilè ad vitam possit ejus concedere alteri utilitatem, sive absolutam sive restrictam. Et præter Romanos hæc incognita non fuisse Longobardis, manifestum reddit textus 2. *f. 8. vers. rei autem & 1. f. 1. §. 1.* atque exprimunt leges eorundem, *lib. 2. t. 4. l. 4.* præscribentes quomodo maritus uxori relinquere queat usumfructum, bonorum. Jure quoque Wisigothorum dabatur matri viduæ portio filialis jure usufructuario, Wisig. *l. 4. t. 2. l. 74.* Usi fuerunt & Græci gentesque aliæ; Et extat de illis oratio Demosthenis adversus Calliclem, de fundo, *ubi de jure fluminis recipiendi disseritur & servitutibus rusticis atque urbanis*, Romani verò plurima in his, oppidò utilissima, constituerunt. Dissentire videtur Molina *tr. 2. d. 2. n. 6. statuens quidem rectè ex sola dispositione juris positivi esse, quod usus, usufructus, habitatio, sint jura in re, atque adeo obligationes quæ illis in rebus alienis respondent, sint servitutes, attamen minus rectè ista intelligens duntaxat de positivo jure civili.*

Est ex jure gent.

Exemplo aliarum gentium.

N. IV. *De usufructu prius agamus*) Vocabulum usufructus in materia juris in re accipitur dupliciter: (1) latè pro jure re utendi, *l. 58. de V. O. l. 126. §. 1. eod. l. 26. de usufr. leg. 4. si usufr. petat.* Et ita usumfructum habet qui re sua utitur jure dominii, sive plenus sit dominus sive utilis. *Vid. obs. 1. de rei vindic.* (2) specialiter & propriè, pro jure utendi ex servitute *t. t. I. ff. & C. h. t.* Dixi autem in materia juris in re; nam extra eam aliquando accipitur pro fructuum perceptione: quomodo colonus dicitur usumfructum habere, qui fructus percipit jure conventionis, *arg. l. 17. C. de usur. §. 38. de rer. divis.* Primi generis est divisio ususfructus in causalem & formalem, ideoque vocabuli æquivoci in sua æquivocata; ille aliàs dici potest plenus vel conjunctus; hic minus plenus vel separatus, *arg. §. 1. h. t. & d. l. 126. §. 1. de V. O*, Vid. Bach. *in not.*

Ambiguitas voc. ususfructus

Quom. hic accipiatur Divisio in causal. & formalem

N. V. *Ususfructus est*) Definitur hic ususfructus in significatu secundi generis, proprio & speciali. Germ. est. die Dienstbarkeit des Nießbrauches/ Nutznießung/ Fruchtnießung / der nützliche Gebrauch/ Gebrauch. Per jus finitur respectu ejus qui re utitur: ideoque vocabulum juris hîc non modò significat facultatem, sed & ipsum jus in re, propter quod quis uti frui potest, *d. l. 13. §. 1. de damn. inf. l. 19. eod.* Est enim aliquid jus *dd. ll. & l. 30. de nox. act.* (aliquid juris) in corpore constitutum. *pr. l. h. t.* ut rectè exponit Franc. de Amaya *obs. jur. l. c. 15. n. 14. in f.* comparatum in rei accidentia, servitutem & utilitates. Alioquin per servitutem definiri potest ususfructus respectu proprietarii s. illius qui debet servitutem, & rei servæ, ut *l. 1. de serv. l. 25. de V. S. l. 30. pr. & §. 1. de S. P. V.* quo sensu admitti potest sententia Boceri 4. *disp. 8. th. 3.* Treutl. 1. *disp. 16. th. 1.* Videsis definitionem nostram rectissimè explicantem Lessium *d. c. 3. d. 4.* Cæterum loco alieno agit hîc Author de fructibus quos percipit usufructuarius. Nimirum *constituto & acquisito* usufructu *commoda* ad eum spectant & *incommoda*. Illa consistunt in utilitate fructus percipiendi quæ latissima est; nam (1) omnes omnino fructus, naturales & industriales, ex re fructuaria percipiendo acquirit, *l. 7. l. 9. h. t. l. 58. eod.* (2) omnes fructus civiles, reditus sc. & obventiones, ex ædificiis, areis & cæteris, quæcunque ædium sunt, ut rectè statuit Wesenb. per *l. 7. §. 1. h. t.* contra quàm putat Bach. *in not.* Idque (3) verum etiam in iis quæ ad voluptatem faciunt, ut sunt venationes, aucupia, piscationes, *d. l. 9. §. 5. h. t.* Item (4) in adminiculis s. mediis sine quibus ususfr. commodè exerceri non potest, *l. 1. §. 1. 2. & 3. si usufr. petat.* Ita Domini Antecessores Facultatis ad Mathæum Berneman Goslariæ, anno 1607. 29. April. verbis: Was nun auff ewre von mehrgemeltes Hansen Manschen Tochter erzeugte zwey Kinder also erblich gekommen/ es sein Bergtheile oder sonst liegende oder ander Güter/ davon gebüret euch der ususfructus und volle abnutzung. Hæc s. incommoda sunt tributa, vectigalia, onera ordinariè vel extraordinariè imposita *d. l. 7. §. hactenus 2. h. t.* ut ob transitum exercitus, in hospitationes &c. *l. 27. §. 3. eod.* Quod si tamen contributiones tam graves & immodicæ fuerint, ut etiam superaverint fructus, æquius est ut à proprietario illæ refundantur, *arg. l. 30. §. 1. de leg. 3.* Nicol. Festas *de collect. p. 2. n. 23.* Quomodo in Collegio o. Jurid. aliquoties pronunciatum memini.

Explicatur definitio ususfr. in pr. l. h.

Quæ commoda & incommoda ad fruct.

N. IX. *Causa remota*) Satis confusè agit hîc Author de ususfructus *concessione & translatione*. Pertinent huc, ceu in aliis juribus in re contingit, inter cætera *modi acquirendi*. Hi autem vel *immediati* vel *mediati* sunt. Immediatè acquiritur ususfr. *ipso jure*, citra factum hominis interveniens, tribus casibus: (1) *patri* in bonis filiorum adventitiis, *§. 1. I. per quas person. cuique acquiritur l. 6. C. de bon. quæ lib. l. 1. C. de bon. mat.* etiam ad secunda vota transeunti, *l. f. C. d. t. N. 22. c. 1. c. 34. junct. N. 127. c. 3.* (2) *eidem pro præmio emancipationis* in dimidia tantum parte bonorum liberorum emancipatorum, *§. 2. I. eod.* (2) *matri* ad secundas nuptias transeunti, iis in bonis quæ ex causa liberalitatis & successione liberorum à marito priori consecuta est, ut ex sponsalibus, *l. 3. C. de sec. nupt.* donatione propter nuptias, legatis aut fideicommissis, *auth. in donatione. auth. ex testamento C. eod. l. 5. ad S. C. Tertull. Atque hoc etiam in patre obtinet, ut ad secundas nuptias transiens in iis bonis quæ ex causa liberalitatis ab uxore lucratus est, proprietatem amittat (quæ ad liberos transit) retento saltem in usufructu, l. 5. C. de sec. nupt.* vid. D. Richter. *p. 6. cons. 37. n. 22. & seqq.* Add. prædictis Molin. *tr. 2. d. 8. n. 2. & seqq.* Johan. Köppen. 1. *obs. pr. 82.* Gudelin. *de 1. nov. l. 2. c. 13.* Joann. de Castill. *de usufr. c. 2. & 3.* Jung. Resp. Facult. citatum *ad n. 5.* & quod notat Do. C. P. Richter, multis quoque in locis ex statutis competere Matri (defuncto viro) usumfructum in bonis liberorum propter onus educationis & alimentationis, *p. 4. cons. 15. n. 23. 24.* Referunt ad hujusmodi immediatam concessionem (5) Bocer. 4. *class. 8. th. 30. usumfructum qui venit jure accrescen-*

Ususfruct quomodo acquiratur immediatè ex legis ordinatione Tribus casibus.

accrescendi (2) *alii usufructus usucapionem* (3) *jus utendi fr. quod maritus constante matrimonio habet in re dotali,* Hunn. *de usufr. p. 2. sect. 3. q. 1.* Verùm primus & secundus mediatè sunt ex ultima voluntate vel fictâ alienatione: tertius verò usufructus hîc ἀλλότριος est & diversi generis, ex dominio dotis quod durante matrimonio mariti est, *pr. quib. alie. lic.* *Mediatè* ad aliquem pervenit usufructus per *factum hominis*. Hic vel *Judex* vel *privatus* est. Officio *judicis* in judiciis duplicibus *fam. ercisc. & communi dividundo, per adjudicationem l. 6. §. 1. h. t.* ita ut usufructus, *sic etiam constituatur,* & ex judicato *jus in re & actio confessoria competat,* quia prædicta judicia ex jure in re constituto oriuntur. *Secus itaque est si alio judicio (v. c. si quis stipulatus erat ab altero usumfructum, eundem convenerit) adjudicatus sit usufructus, nam ex reliquorum re judicata tantùm oritur jus ad rem & actio personalis, per l. 8. in fin. C. de Reb. cred. Wesenb. in comm. C. h. t. n. 23. Unde & §. f. I. de off. jud. ab eod. hic citatum ad dicta judicia duplicia vel alia ex jure in re orientia restringendum arbitror.* In privato concedente usumfructum disting. est inter *promissionem, constitutionem & acquisitionem.* Promissio fit vel purè vel non purè, *ex die, in diem, alternis annis, mensibus, sub conditione l. 54. h. l. 12. C. eod. l. 15. l. 16. quib. mod. usufr. am.* Et promittitur vel *inter vivos* (pactionibus & stipulationibus, *§. 1. h. t.* h. e. per contractus v. c. donationem, venditionem, *l. 3. pr. in fin. l. 37. eod. l. 38. §. 11. & 12. de V. O.*) vel *ultima voluntate* per legatum aut fideicommissum *d. §. 1. I. h. l. 4. C. eod. l. 3. l. 7. §. 1. h.* Constituitur per *sui* dationem. Dari intelligitur *respectu rei usufructuaria, l. 3. h. arg. l. 20. C. de pact. §. 41. de rer. div.* si hæc vel *traditur* à concedente vel ejus hærede, vel (per æquipollens) si *patientia* eorum intercedat. Illud fit aut per *propriè sic dictam traditionem,* si res sit mobilis & animo in re largiendi usumfructum detur, *arg. l. 7. pr. ibi: aut rei mobilis l. 15. §. 3. h. t.* aut per *q. traditionem quæ fit inductione* in fundum vel ædes usufructuarias. Hoc, ubi quis patiatur ut alter re sua utatur fruatur, *d. l. 3. ibi: dare autem l. 11. §. 1. de publ. in rem act.* Qui enim *concedit usumfructum vel hæres ejus aditâ hæreditate, possidet, ideoque verè non constituitur usufructus ante ejusmodi traditionem vel q. & ex eadem ratione promissio hîc differt à constitutione; secus ac in servitute reali, in qua promittens simul constituit, quia in patiendo consistit, non, ut usufructus, in faciendo, arg. d. l. 3. junct. l. 15. §. 1. de servit.* Vel breviùs dici potest, quod detur usufructus; juxta *l. 3. h.* (1) traditione rei mobilis in usumfructum *l. 43. § incorporales. de a. r. d.* (2) inductione in fundum, vel ædes usufructuarias, *d. l. 5.* (3) patientiâ constituentis & usurpatione ejus cui constitutus est usufructus *d. l. 3.* (4) solâ cautione ut si aliquis vendat alteri usumfructum sui fundi & caveat per se non fieri, quo minus emptor eo jure utatur *l. 20. de servit. l. 3. §. 2. de act. empt.* vid. Weizenegger. *tr. de servit. diss. 1. c. 5. n. 39. & seqq.* Dn. Mantz. *de serv. pers. t. 1. q. 7. n. 29. & seqq.* Denique acquiritur usufructus per *longi temporis possessionem; si non domino constituente & tradente, is qui b. f. justo titulo eum accepit, 10. annis inter præsentes vel 20. inter absentes utatur fruatur, l. f. C. de long. temp. præscr. junct. l. 11. §. 1. de publ. in rem.* Cæterum ex his manifestum est, 1. quod promissio & constitutio hîc non modò natura & ratione sed & tempore atque actu distinctæ sint, 2. cum constitutione acquisitio concurrat quidem, sed solùm tempore & actu. 3. acquisitio, licet & ipsa à reliquis distincta sit, promissionem & constitutionem virtualiter comprehendat. Atque sic distincti usufructus pro ut promissus vel constitutus fuit, effectus est, quod ex illo oriatur *jus ad rem & actio personalis (ex illo contractu per quem promissio facta)* v. c. ex empto, ex stipulatu, *ad... us usufructus per traditionem vel q. constituatur,* perinde, ceu rectè Bachov. *in not. h.* ut ex actione empti actio, ut res vendita tradatur, *l. pen. C. h. t. l. 3. de O. & A. junct. arg. l. 20. C. de pact.* Ergo cùm in *§. 1. I. h.* dicitur jus & usumfructum constitui quando tantum promittitur, vel obligatio ad eum constituendum contrahitur, hoc inde fit quia rem ipsam habere videtur qui actionem ad rem habet *l. 15. R. I.* Nam ubi v. c. per stipulat. est concessus usufructus, solum ad hoc agitur ut per q. traditionem usufr. ex obligatione debitus constituatur; ipsum enim jus servitutis vi promissionis non consequor, ut rectè Weizenegger. *d. diss. 1. c. 7. n. 2.* Et hoc quidem vix dubium habet in usufructu promisso inter vivos, propter *d. l. pen. C. h. t.* Wesenb. *h. &* Treutl. quamvis dissentiat Bachov. *h. & ad Tr. th. 7.* Sed Q. *An idem obtineat in usufructu lege aut judicio diversorio constituto, nec non promisso per ultimam voluntatem?* Et de hoc illud rectissimè affirmat Autor h. Probatur autem (1) *per l. 46. §. 1. h. t. l. 1. §. 2. l. 2. si usufr. pet.* (2) quod constitutio *demum per traditionem vel q. ab hærede debeat fieri* usufructuario, *d. l. 3. pr. h.* sed non aliter quàm aditâ ab ipso hæreditate, *l. un. § f. quand. dies usufr. leg. junct. l. 26. de usufr. leg. l. 16. §. 1. quand. dies leg. vel fideicom.* Dissentit Donellus & alii, *putantes ex relicto ult. vol. usufructu induci jus in re & actionem confessoriam realem,* quos sequitur Bach. *ad §. 1. I. h. t.* & ad Wes. *h. t. ad Tr. d. 16. th. 3. A. Inprimis (1) quod ex æquitate jure novo hodie jus in re transferatur per legatum, l. 64. de furt. l. 1. C. comm. de leg.* (2) *per l. 25. § f. h. l. 10. de usufr. leg.* Verùm ad (1) respondetur, id verum saltem in terminis habilibus, quia & credita actionesque personales legari possunt, *§. 21. I. de leg.* quis autem dicet hac ratione in legatarium transferri jus reale? Licet enim actionem ex nomine legato habeat legatarius, *l. 18. C. de leg.* tamen illa utilis tantùm est & dativa, neque propterea jus in re habere dicendus est, cum ab utili actione inductâ per interpretationem extensivam ob æquitatem, non possit inferri ad dominium utile. Vid. obs. *t. de rei vind.* Deinde *in usufructu legato hoc est singulare, quod non cedat ut alia legata, à morte testatoris, sed aditâ demum per hæredem hæreditate, quia ante non adest correlativum usufructuarii sc. qui constituat, s. det usumfructum, ergo nec ipse usufructus.* Quibus consequens, quod præter promissionem ult. voluntate factam, ad jus in re transferendum etiam factum hæredis dantis omnino intervenire debeat: (2) in *l. 25. § f. h. t.* constitutus dicitur usufructus per legatum abusivè, ut & *§. 1. I. h. t.* Quod autem in *l. 10. de usufr. leg.* legatario conceditur vindicatio, restringendum est ad eum casum quo is (utpote cui fundus & ejusdem fundi usufructus erat legatus) neglecto usufructu elegit ipsum fundum; *Pro hoc enim consequendo rectè utitur rei vindicatione, quia ejusdem dominium statim à morte testatoris ad ipsum rectà transit, neque hactenus opus habuit, ut usufructu legato necesse est, exspectare aditionem hæredis ejusque dationem.* Et hæc de usufructu per ult. voluntatem promisso: De quo breviter notandum hoc argumentum. Quamdiu non est jus utendi fruendi rebus alienis salvâ substantiâ, tamdiu nec est usufructus, *arg. l. 1. h.* & quia usufructus in jure ut fr. consistit. At post mortem testatoris quamdiu ab hærede non est adita hæreditas, non est jus ut fr. E. Min. patet *per l. un. § 2. quand. dies us. leg.* Sed obstat adhuc *l. 23. de us. & usufr. leg.* Resp. vindicatur ibi usufructus successivè, ita, ut prius agatur aditâ hæreditate contra hæredem, ad constituendum: Hoc facto, si ille turbet, vindicatione seu actione confessoriâ, *§. 3. I. de act. l. 5. § 1. si usufr. pet.* Cæterum difficilem hanc quæstionem cum rationibus

pro

Quomodo mediatè per factum hominis Officio judicis

Aut per factum privati quod triplex.

1. Promissio.

2. constitutio.

Per dationem.

Quatuor modis.

3. Acquisitio.

Ex promissione est jus ad rem & actio pro usufr. personalis.

Quod & verum in usufr. legato.

Respondetur Bach Dissentienti.

Secus est in usufr. ex lege officio judicis: ex quo jus in re & actio realis.

Laudatur Mantzius.

pro utraque parte allatis diligenter examinatam videre nunc licet ap. Do. Mantz. *d.tr.n.41.latissimè ad fin.q.8*, ubi inquit, *n.78.* quod usufructus, aliæque servitutes sive simpliciter sive per vendicationem legatæ hunc habuerint effectum, ut statim (vel aditâ saltim hæreditate) vendicari potuerint, *l.10.de usf.& usf.leg. l.f.de servit.leg.* & Justin. omnes modos legandi quibuscunque verbis factos, quo ad hunc effectum exæquaverit, probabiliter dici potest, hodie legatâ quocunque modo servitute, statim absque alia q. traditione jus in re legatario acquiri, atque eo nomine actionem realem contra quoscuoque turbatores competere: textus autem illos qui contrarium volunt, ex incuria & oscitantia compilatorum Juris irrepsisse, & non correctos vel expunctos fuisse. Quod licet durum sit, tamen hæc incuria sæpe à viris doctis notata & reprehensa fuit, ut ostendi *ad §.25.n.25.& seqq. de R.D.§.1.n.13.& 14. qui test.tut.dat.poss.* Hæc Mantzius. Verùm enimveró, an in tantum extendi possint debeantque modi legandi, quibus de agitur *in §.2.de legat.* ut qui jus saltim ad rem actionemque personalem operatur (ut cum fuerat legatus usufructus per damnationē) producat nunc quoque jus in re & realem actionem, meritò dubitaveris. Quoad usumfructum qooq; præcisè requiritur, ut insuper hæreditas sit adita, *d.l.un.§.2.quand.de usf.leg.ced.* Dari enim ab hærede debet, *d.l.3.* sed qui ante aditionem nullus est. Nec obstat, si dicas, quod *in d.l.3.* requiratur traditio saltim ad acquirendam possessionem. Repono enim non ad hoc tantùm *l.1.§.8. quod legat.* sed etiam ad ipsius juris in re fructuarii scil. constitutionem, *arg.l.20.de acq.rer.dom.§.40.de rer.div.junct.d.l.3.* Neque etiam mutat, quod aditâ licet hæreditate, tamen novo jure dominium legati ipso jure ad hæredem transferatur, *l.64.de furt.* Respondeo enim 1. hîc non agitur de dominio transferendo; quia hoc propriè est jus in rei substantiam *l.13.§.1.dam.inf.* At usufructus est jus in accidentia s. rei utilitatem, *l.1.§.1.& pr.1.de usufr.* Ergo huc non pertinet rei vindicatio, utpote quæ (propriè loquendo) ex rei corporalis dominio descendit. II. si dicas jura in re transferri in legatarium statim à morte testatoris, replico id verum esse de juribus quæ ipse defunctus habuit, *l.80.de leg.2.verbis:quod hæreditatis fuit.* At usumfructum quem legavit testator, ipse non habuit, sed noviter legatario per dationem constitutum voluit. Ergo nec ipso jure ille transferri potest. Atque hæc pro defendendo Wes. nostro nunc sufficiant. Denique, *ex eo usufr. qui lege aut judicio diversorio per judicem conceditur, jus statim in re oriri* arbitramur & *actionem confessoriam*: neq; opus hic est traditione ejus, nisi ad acquirendam saltim possessionem, ut & in aliis legatis obtinet, Dn. Mantz. *d.t.1.q.6.n.38.in f.* Vid. *t.t. qui legat.* & præcipuè observata *ad tit. de servit. n.5.*

TITULUS II.

De Vsusfructu accrescendo.

1. *Quibus modis usufructus constituatur.*

Constitui atque acquiri usumfructum conventione, stipulationibus testamento dubium non est: *§.1. Inst. de usufr. §. fin. Inst. de servit. rust. prædior.* nec id majori declaratione opus habet. Moribus tamen nostris non nisi cum tutoris ad id dati authoritate, constitui mulieri usufructus aut dotalitium in bonis mariti potest: *Sax. lib. 1. artic. 44. Reinh. diff. 13. de tutel.* Constituitur etiam & acquiritur usufructus præscriptione longi temporis, jure Novo. *leg. fi. verb. usufr. C. de præsc. long. temp.* quamvis jure Veteri, quo servitutes non præscribebantur, *l. servit. 14. inf. de ser.* contra fuerit, *l. jusio. 44. §. ancip. de usuc.* nec obstat quod usufructus causam habeat discontinuam, unde videri poterat, non nisi tempore immemoriali posse præscribi. *Dd. in l. foramen 27. de serv. urb. præd.* Nam discrimen illud Continui & Discontinui actus, tantum obtinet in servitutibus prædialibus, in quibus ideo consideratur Continuitas actuum, quia prædiis debentur, quæ sunt in anima, nec aliter quam per continuationem actus continuo possideri possunt. *vide contra disputata inf. de servit.* In personalibus secus est, quia à persona hæ servitutes animo semper continuo possidentur, etiamsi actus non sint continui *l. 2. si talius. §. in amittenda. l. si id quod 15. §. fin. l. etiam. 6. §. 1. de acquir poss.* Unde pro continuis indistinctè omnes personales servitutes habentur: debentur enim personæ, seu homini. At homo continua voluntate semper possidet, & possessionem animo retinet, etiamsi non sit in continuo actu possidendi. *vide Bar. in l. juste 44. §. non mutat. de usucap.* Illud etiam enodemus, si usufructus pluribus conjunctim relictus sit, quomodo per Jus accrescendi interdum usufructus acquiratur: quæ propria est hujus tituli materia, *vide Paul. lib. 3. tit. 6. Cujac. ad Ulpian. t. 24. Goven. de jur. accresc. & qua dixi in §. si eadem Inst. de legat.*

2. *In conjunctis accrescendi jus tantum obtinere.*

Sciendum igitur est. Jus accrescendi locum non habere, nisi conjunctim usufructus legatus sit. Nam si separatim unicuique partis rei usufructus relinquatur, verbi gratia: Mævio fundi Tusculani usumfructum pro dimidia parte do lego: alteram partem usufructus Titio lego: sine dubio jus accrescendi cessabit, *d.l.1.in prin.h.t.* Ergo in conjunctis tantum jus accrescendi locum habet.

3. *Quid sit jus accrescendi.*

Est autem Jus accrescendi, cùm duobus aut plurib. conjunctis, altero deficiente alteri pars deficientis adjicitur & accrescit. Cujacio hæc est Jus retinendæ vel nanciscendæ partis ejus qui non concurrit, vel concurrere desiit. Porrò conjuncti vocantur, qui a lege vel homine ita connectuntur, ut pro uno habeantur: *l. plane 34. in princ. de leg. 1.*

4. *De triplici conjunctione.*

Triplici autem modo fit hæc conjunctio. Re, Verbis, ac Re & verbis simul, *l. triplici. 42. de verb. signif. l. re conjuncti 89. de legat. 3.* Re quidem: ut, Titio usumfructum fundi lego. Scio ejusdem fundi usumfructum lego, Hic enim cum unicuique in solidum usufructus legetur, non tam jus accrescendi, quam jus non decrescendi locum habet. Fiunt enim partes concursu utriusque legatarii, ex forma legati. Utrique enim in solidum usufructus est legatus. Quamobrem altero legatariorum mortuo, aut repudiante legatum, quia concursus cessat, alteri in solidum usufructus jure non decrescendi cedet. Verbis tantum conjunguntur, quibus æquis pro indiviso portionibus usufructus relinquitur, hoc modo: Titio & Mævio usumfructum æquis partibus do, lego, *d. l. re conjunct.* Hi enim Re separati sunt, quia æquales partes sunt relictæ: non quidem corpore divisæ, sed intellectu. Nam si corpore divisæ essent, utique dimidia parte separatim relicta nulla esset conjunctio. *d. l. plane de leg. 1.* In his igitur propriè locum habet jus accrescendi, ut si alteruter moriatur, aut repudiet legatum, alteri pars ejus accrescat. Re & verbis junguntur quibus idem, partibus nullis expressis, in eadem oratione conjunctim relinquitur ut, Titio & Mævio usumfructum Tusculanum do lego. Hic enim verbalis conjunctio sola non est, cum partes nullæ sint expressæ: nec Realis sola, cum verbis jungantur legatarii: itaque verbis & Re conjuncti sunt, ac tam jure non decrescendi, quod est re conjunctorum, quam accrescendi, quod conjunctis verbo proprium esse diximus, utuntur, cæterisq; sunt potiores *d.l.1.§ eadem est 1.hoc tit.d.l.re conjunctis.ubi Dd.præcipue las de leg.3.d.§.si eadem Inst. de legat ubi dixi.* Sed de hac materia difficili & inexplicata, satis hoc in instituto dici non potest. *Vide Cujac. hic & passim in tit. de legat.*

O B S E R V A T A.

Ratio connex.

N. I. *Constitui*) Rectè præc. tit. distincta fuit *pactio usufructus à traditione ejus vel q. seu constitutione.* Hæc quoque revera diversa est ab acquisitione in specie sic dicta, quæ fit *longi temporis præscriptione*, juxta not. *d.t.n.9. Hic verò sui immemor Autor constitutionem & acquisitionem istam semper confundit.* Alia quoque miscet de *dotalitio uxoris in bonis mariti.* & servitute *continua atque discontinua*, huc non pertinentia. Spectat autem hic tit. cum seq. ad legatum usufructus. In hoc enim *duo singularia* sunt, 1. quod locus juri accrescendi. 2. dies usufructus legati cedat ab adita hæreditate.

Causæ juris accr. in genere duæ.

N. III. *Conjuncti vocantur*) Non obtinet hic jus accrescendi nisi inter conjunctos h. e. *ubi duobus pluribusve relictus est idem ususfructus conjunctim, altero portionem suam repudiante vel amittente.* Quæstio enim tunc evadit, cui portio vacans sit adjicienda. Et in genere duæ causæ sunt efficientes juris accrescendi, *dispositio legis (positivæ) & voluntas testatoris.* Illa in hoc est, *ne quis pro parte testatus & intestatus decedat*; quod jus habendi hæredem sit indivisibile, atque absurdum visum, pro parte intestatum esse: Hæc, *quod præsumatur, testatorem voluisse deficientis portionem conjuncto accrescere debere, eo ipso quod plures connexerit*: In hæreditate causa juris accr. lex est quandoque & voluntas testatoris: *In legato hæc tantùm*, quia nisi defunctus voluisset, pars deficiens citra ullam absurditatem manere potuisset in hæreditate & apud hæredem, neque propterea quis diceretur pro parte testatus vel intestatus decessisse. Quæ itaque ratio est totius testamenti servandi (quia nihil magis deberi hominibus, eleganter dicitur *l. 1. C. de SS. Eccles.* testatoris lex namque authoritate quidem publica est, à privato tamen constituta, *N. 22. c. 2.*) ea & juris hujus accrescendi. Et ubi deficit legatariorum ex voluntate defuncti dependens conjunctio, v. c. si disjunctim s. separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus accrescendi cessat, *l. 1. h. t.* parsque deficientis ad nullum alium redit quàm hæredem testamentarium vel legitimum, *l. un. §. pro secundo. C. de caduc. toll.* Ex his itaque explicandum quod A. *in f. h. n.* habet, quosdam esse *lege, alios ab homine conjunctos.* Duplex enim est jus accrescendi; unum ex voluntate testatoris, quæ dicitur conjunctio hominis, & triplex est, realis, verbalis, & mixta, *l. 142. de V. S.* Alia ex dispositione legis, *l. un. §. 10. vers. in his itaque C. de caduc. toll.* quæ non vult hæreditatem simul ex testamento deferri & ab intestato, & hæc conjunctio dicitur legalis, ex qua in successionibus ab intest. juri accrescendi locus est. Vid. Franc. de Barrii *de succ. test. & intest. l. 13. c. 2.*

Conjunctio legis & hominis.

Et in re conjunct. locus juri accr.

N. IV. *Quamvis non decrescendi*) Sed & *in re conjunctis obtinere jus accrescendi*, nec dicendum hoc jus non decrescendi, verius est, (1) per *l. 1. §. 3. ibi: nam altero repudiante. h. t. §. 5. de legat.* (2) quod jus non decrescendi dicatur potiùs, si res legata io solidum alicui acquisita sit, quod fit demum quando alter defecit. Neque officit quod mixtim juncti initio solidum habere dicantur, ideoque illis nihil accrescat, sed non decrescat, *l. un. §. 11. C. de caduc. toll.* Quia hoc postremum verum est saltem *ratione eventus*, si alter deficiat; quem testator non minùs respexit quam casum concursus. Et quamvis hîc duobus res una sit relicta distinctis orationibus, *§. 8. de leg. I. 1. §. 2. h.* adeoque quilibet censeatur etiam statim ab initio solidum habere titulo & ex institutione) tamen hoc omne est æstimandum non tam ex titulo, quàm *ex mente testatoris, qui eventum in utroque casu respexit, propterea quo re conjunxit*, & ideo voluit in effectu, quod si concurrant actualiter, partes habeant, solidum tunc demum, si alter deficiat. Et cum hæc voluntas testatoris *eventum respiciens*, sit generalis, dici potest, omnes conjunctos hoc sensu initio solidum habere, *per l. 3. h. t.* generalem. Add. Dn. Frantzk. *comm. h. n. 7. & 16.*

An verbis conjunct. initio solidum habeant.

In his igitur propriè) De verbis tantùm conjunctis inprimis duo quæruntur: (1) *An initio solidum habeant?* Et rectè videtur id negare Wes. Nam solidum habent, ut modò dictum, qui illud figura verborum habent *& ex prima institutione*, ut mixtim & re tantùm conjuncti: (2) qui titulo eo quo instituti, non habent, sed tantum *respectu eventus*. Ita etiam *partes* dicuntur habere quidam dupliciter, (1) qui *ab initio & titulo, intellectuales s. civiles* habent in quibus instituti: (2) qui ab initio & titulo nullas partes intellectuales habent, sed tantum *ratione eventus, naturales*, & actualiter quando concurrunt. Hac ratione *verbis tantum conjuncti initio solidum non habent, si titulum* & institutionem respicias, sed tantum *partes intellectuales distinctas: concursu faciunt partes naturales s. corpore divisas, hoc autem non secuto demum solidum habent, l. 89. ibi. quoniam semper de leg. 3.* Dist. alii, verbis tantum conjunctos *iisdem initiò solidum habere*, quos sequitur Bach. *in not. h.* (1) *per l. 80. de leg. 3.* (2) *per l. 3. h. t. & l. 7. de Reb. dub.* Sed respondetur *ad l. 80. eam loqui ta..tum de mixtim junctis, qui ibi dicuntur conjuncti simpliciter, per excellentiam, ut & in §. 8. I. de legat.* de quibus rectè dici potest quod singuli totum *legatum ab initio habeant, s. ratione tituli & quo ad structuram verborum.* Sic & *in d. l. 3. & l. 7. prædicatur quidem de omnibus conjunctis in quibus juri accresc. locus esse potest, quod initio solidum habeant, concursu demum faciant partes, sed hoc saltem verum, ut supra diximus, ratione eventus; non verò ratione tituli, quippe de verbis tantum conjunctis expressè contrarium asseritur in d. l. 89.* Neque h. Wesenbecii sententia est, (ut opinatur Bach.) eos qui verbis tantùm conjuncti sunt, habere simpliciter partes; quippè cùm expressè suos distinguat inter partes divisas & intellectuales. Et hæc interpretatio quàm maximè accedit ad mentem *d. l. 89. d. leg. 3.* II. Q. *An jus accrescendi locum habeat in verbis tantum conjunctis?* Quod rectè affirmat Wesenb. cujus sententia etiam communis & in praxi servatur. Probatur autem (1) quod & verbis conjuncti sint conjuncti, *l. 142. de V. S. l. 89. de leg. 3.* cujus nullus alius effectus, quàm jus illud accrescendi: (2) quia taliter conjuncti & institutione & concursu partes habent. E. in casum deficientis personæ eis solidum accrescit, *l. 16. §. f. ibi: sed & si. de leg. 1. arg. l. 66. de hæred. instit.* Confer. Joh. Suev. *de jur. accr. l. 2. c. 3.* Dist. alii quod *in his jus accresc. non obtineat sed portio deficientis maneat penes hæredem.* Alii id quidem concedunt, sed excepto usufructu legato, *quod illius pars (cum jus personale personæ ejus inhærens) personâ deficiente non ad collegatarium transeat, sed ad proprietarium s. hæredem, arg. §. finitur. I. de usufr.* Verùm militat hîc præsumpta voluntas testatoris, *qui voluit eo casu, ubi alter deficit, portionem deficientis transire ad collegatarium, non verò ad hæredem: itque collegatarius non minus habet usumfructum illum solidum eventu considerato, & ex titulo legati, ut ita altero deficiente non finiatur hic usufr. (quo demum casu ad proprietarium redit) sed ab eo qui illum voluntate testatoris tacita jam habeat sec. l. 7. de reb. dub effectu & revera nunc acquiratur.* Illud hîc meretur observari, quod *licet in proprietate legata non habeat locum jus accrescendi ubi portio semel sint acquisita, tamen secus sit in usufructu*: Unde si is v. c. duobus relinquatur & uterque acceptet suam partem & acquirat, postea tamen altero repudiante ea alteri statim accrescit & cum proprietario non consolidatur, *l. 1. §. interdum h.* vid. Ant. Gomez. 1. *var. res. 10. n. 41.* Exceptio tamen est nec locus juri accr. in usufructu, (1) *si hic relictus ad certum usum v. c. ad alimenta, l. 57. §. 1. de usufr.* secus ac proprietas ad hæc relicta, *l. 4. de alleg.* (2) *si ususfructus legatus sit duob. alternis annis*; quoniam testator initio divisit usumfr. inter legatarios, ita ut conjuncti non sint, *l. 2. quib. mod. ususfr. am.* Add. de Barrii *d. l. 13. c. 3.* Franc. Manuc. *de com. ult. vol. l. 10. c. 3.* & novissimè D. Mantzium *tr. de serv. pers. tit. 2.*

An in iis locus juri accr. Aff.

In legato usufr. locus juri accr. etiam portione acquisita.

TITU-

TITULUS III.

Quando Dies Vsusfructus legati cedat.

1. *Vsusfructus diem ab adita hæreditate cedere.*

ILlud autem notandum est, usufructu legato, diem ejus cedere, id est, usumfructum deberi, *l. cedere diem, 213. de verb. signif.* non à morte testatoris, ut cætera legata, sed ab adita hæreditate: *l. unic. hoc tit.*

2. *Ratio ejus.*

Cum quia ususfructus intelligi non potest, nisi sit, qui eum constituat, quique frui patiatur: *l. 3. sup. de usufru.* nempe hæres, qui nullus existit ante aditam hæreditatem: tum quod ratio, quamobrem cæterorum legatorum dies cedat à morte testatoris, hic cessat.

In his enim ideo statim cedit, ut legata moriente ante aditam hæreditatem legatario, ad hæredem ejus transmitti possint, neque fiant Caduca: *si conjunctim. Instit. de legat. l. unic. §. cum igitur in fine & §. in novissimo. C. de Cadu. tollendis.* quod in usufructu locum habere non potest, cum is semper moriente usufructuario una extinguatur utpote qui personæ cohæreat: *l. 1. & 3. quando dies legat. cedat. l. unico. §. libertas. b. C. de cad. tollend.* ut frustra omnino ejus dies ante ipsam constitutionem, quæ demum post aditam sit hæreditatem, sit cessura.

3. *Quare non legata legata à morte testatoris cedant.*

O B S E R V A T A.

Cur legatus ususfr. cedat ab adit. hæred.

N. I. *Sed ab adita hæreditate*) Alterum singulare hic est in cessione usufr. legati ab adita hæred. Ratio aperta, sc. quia (ut fit ordinariè) in his cedit legatum à die mortis *quæ sunt transmissibilia ad hæredes*, D.d. comm. *in l. 22. §. in novissimo. C. de Cad. toll.* At ususfructus, usus & habitatio *non sunt transmissibiles*, *l. 3. l. 9. quand. dies. legat.* E. nec cedunt à morte testatoris, & frustra quæritur de eorum transmissione, *d. l. 3.* Dicitur autem cedere dies in legatis quoad tres effectus (1) quo ad *transmissionem*, *l. 1. quand. dies leg.* (2) quo ad *obligationem*, quomodo intelligendum quod habetur *in l. 213. de V. S.* cedere diem est tem incipere deberi: (3) quo ad *translationem dominii*, de quo infr. ad tit. *quand. dies leg. vel fideic.* Ususfr. ut diximus, ad hæredes planè non transmittitur, *l. 3. l. si habitatio. quand. dies leg.* Obligatio & juris translatio hic nulla est nisi demum ab adita hæreditate, reclamat namque personalitas ususfructus, ut ante non debeatur quàm quis uti frui potest, *l. 1. pr. & §. 2. inf. h. t. 3. quod legat.* Ususfructus legati dies ante non cedit quàm veniat, quia revera non prius est in rerum natura, propterea quod verum jus & *potestas re ipsa utendi fr.* non ante existit, nec ante existere potest, physicâ ratione impediente, *l. 86. §. 1. de leg. 1. l. 7. §. 5. de dol. mal. l. 3. §. f. l. 4. quib. ex caus. in poss. eat.* vid. Nicol. Noal. *de transm. cas. 2. n. 11. & seqq.* Sed quod primo loco diximus, verum est ubi purè legatus ususfructus: quando verò ex die legatus, non cedit nisi ubi dies venit, *l. un. §. 3. h. t.* Si in menses, annos vel dies singulos, tunc ita etiam cedit per certa tempora quia non unum sed plura sunt legata, *d. l. 22. pr. eod.* Add. nunc Zoes. *h.* Stettinhaus. *n. 1.* D. Mantz. *de serv. pers. tit. 3.*

TITULUS IV.

Quibus modis ususfructus, vel usus amittitur.

1. *Quare placuerit eum tempore vel aliquando extingui.*

QUia diximus morte finiri usumfructum, *l. 3. §. fin. h. t.* videamus & de reliquis modis, quibus ususfructus vel usus amittatur. Placuit enim has servitutes certis modis extingui, ne inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu. *l. 3. l. an. u. usfructu. 5. 6. supr. de usufr. §. usus fru. in fin. Inst. eod.*

2. *Vsusfructus finitur morte.*

Præter mortem igitur usufructuarii, etiam capitis ipsius diminutione extinguitur ususfructus: *l. 1. t. t.* quia, quod ad priorem statum attinet, pro mortuo minutus habetur: atque olim quidem quacunque diminutione. *l. 3. hoc tit. §. fin. Inst. eod.*

3. *Capitis diminutione.*

Novissimo autem jure (quo sublatis mancipationum solennibus minima capitis minutio pene obliterata est: (maxima & media tantum, non etiam minima. *l. corruptionem. 16. in f. C. de usufruct.* Cùm autem hoc modo morte aut capitis minutione ususfructus extinguitur, fructus ultimi anni non pertinent ad usumfructuarium aut ejus hæredem, nisi quatenus sunt percepti: *§. is verò Instit. de rer. divis. ubi vid. quæ dixi*: quod tamen jure Sax. in industrialibus non obtinet, nam quicquid usufructuarius conseverit, id quamvis necdum maturum neque perceptum, ad suum hæredem transmittit, *Reinh. diff. ulterm. part. diff. 11.*

4. *Interitu vel mutatione rei non dominii.*

Amittitur etiam ususfructus, Interitu seu mutatione rei. Cum enim jus sit in re, hac sublata, ipsum extingui, necesse est, modo tota res pereat: nam in parte totus etiam ususfructus retinetur. *l. si cui 53. sup. de usufr.* Oportet igitur totam rem interire, ut solvatur ususfructus, aut certè in aliam formam mutari: veluti usufructu ædium legato, si ædes corruerint, vel exustæ sint, corrumpitur ususfructus, ita ut ne areæ quidem ususfructus debeatur, non enim areæ, sed ædium ususfructus legatus est: *l. repeti 5. §. eis mutatione 1. u. t.* aut si ager flumine vel mari inundatus sit, *l. si ager. 23. cum l. seq* vel ab hostibus captus fuerit. *l. si ager. 23. eod.* His tamen posterioribus casibus restituta proprietate ususfructus restituitur, nisi forma rei planè sit immutata, *d. l. si ager. 23. & 20.*

Dixi verò Rei ipsius mutatione dissolvi usumfructum: nam domini mutatione, ut quando proprietarius fundum alienat, nec ususfructus, neque iter actusve deperit. *l. neque in usufructus. 19. h. tit.*

5. *Cessione.*

Item finitur ususfructus, si is cedatur (id est alienetur: nam cessio species est alienationis legitimæ, ut tradit Boetius ad Topica Ciceron.) domino proprietatis: quia res sua domino amplius servire nequit, & ususfructus cum proprietate consolidatur. Cedendo autem extraneo nihil agitur, ut inquit Justinianus, *§. fin. Instit. de usufru.* cum personæ ususfructus cohæreat: *l. si in usufructus. 4. de n. var.* a qua divelli non potest, nisi legitimis modis jam traditis: quibus aliquando divulsus, ad proprietatem redit, non autem per solam cessionem, quæ nullius est momenti. *arg. c. non præstat. de reg. jur. l. 2. §. 4. de opt. l. g. l. quod pupilla 10. quan. di. leg. ceda. l hac conditio. de condit. & demonstr.* Atque ita intelligendus est Pomponius, *l. si usufr. 66. de jure. dot.* cum ait Cessione extraneo facta nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reverti usumfructum: scilicet, legitimo tandem modo extinctum. Iniquum enim esset, cum nullum delictum, nulla etiam vis insit in cessione, eo facto quempiam jus suum amittere, *c. non præstat. de reg. jur. in 6. l. ex qu. dem C. si mancip. ita fuer. alien. Bald. in l. 2. C. de episc. aud. Alvar. in c. 1. Quod jure, &c.* Jure tamen Sax. mulier dotalitium suum, cujus quasi usumfructum quendam habere videretur, è manu sua transferens atque cedens, jure suo privatur: *Reinh. ae. pars ult. diff. 22. per art. 21 & 31. lib. 1. Lo-ben. 1. c. 8. 19. 09. Zob. d. artic. 21. Weych. artic. 39. & art. 57.* ac fortasse idem olim fuit in cessione juris solenni, de qua Pomponius loqui videtur. *d. l. si usufructus. 66. vide quæ dixi in §. ultim. Instit. de usufruct.*

6. *Consolidatione.*

Contraria quoque Consolidatione ususfructus perit: *l. si tibi fundus. 17 hoc tit. §. item finitur. Instit. eod. l. dd n. de usufr. accresc. l. cum in fundo. 72. §. uxor. de jur. dot.* scilicet quando proprietas, aliquo casu, usufructuario obvenit.

7. *Non utendo.* Postremo, Non utendo per modum & tempus, *l. placet. 25. h. t.* Nam etiam vel certæ partis, vel pro indiviso ususfructus non utendo amittitur. Atque hoc quidem tempus olim exemplo cæterarum usucapionum erat biennium, *l. corruptionem 16. vers. non utendo autem per annum vel biennium. C. de usufruct.* ut ostendit Julius Paulus lib. 3. Sententiarum. Hodie decennium inter præsentes est, vicennium inter absentes, *l. fin. C. de servit. l. corruptionem 16. C. de usufruct.*

8. *Malè utendo.* Malè verò utendo ususfructuarius an amittat? Et cum teneatur ex cautione ad id quod interest, *l. 1. & seq. t. inf. usufruct. quemadm. caveat.* non videtur ex hac causa perdere, nisi res in non usum incidat: ut quando hyeme utitur, cum tantùm æstate concessus ususfructus esset. *l. si commun. 10. quemadm. ser. amitt.* Plerique tamen etiam malè utendo corrumpendoque substantiam rei, usufructuarium jure suo cadere volunt, *Bald. Castr. in Auth. qu. rem num. 3. C. de sacr. Eccles. per l. hoc amplius 9. §. fin. de damn. infect. l. cognovimus C. de mancip. & col. lib. 11. & l. ult. C. de aqua. duct. lib. 11. Ias. in l. divortio. 8. §. si fundum solut. matrim.* velut colonum, *l. 3. C. de locat. d. l. cognovimus.* emphyteutam, *Auth. qui rem C. de sacros. Eccles. Ias. in l. 2. num. 98. de jure emphyt.* vasallum, *c. 1. §. penult. ubi Bald. t. 2. de pac tenend.* mariti viduam. *Ant. Nat. consil. ult. num. 11. Aymo Cra. consil. 300. num. 4. lib. 2. Land. art. 12. lib. 1. & ibi gloss. lat. in fin. & d. artic. 21. ubi Zob. eod. lit. per l. si usufruct. l. 1. usufr. quem. cave. l. divortio 8. §. si fundum ubi Ias. sol. mat. arg. in l. item si fundi 9. §. fin. de usufru.* nec actionem ejus, quod interest, eum à pœna liberare, id quod judicis arbitrio peto committendum.

Quasi morte, & tempore. In municipiis & universitatibus finitur ususfructus iis eversis. *Cet. in orat. pro Cœcin. inducti, ut loquitur, arato.* vel dissolutis quasi morte? *l. si usufru. 21. h. t.* aut quia id tantus sit, *l. proponebatur 76. de jud. l. sicut. 7. §. 2. sup. quod cujusque univers.* post centum annorum, velut longissimi vitæ humanæ termini *l. ult. C. de sacrosan. Eccles.* decursum. *l. an usufr. 56. sup. de usufr.*

OBSERVATA.

Quomodo ususfr. morte finiatur. N. I. *Morte finitur,*) Ratio duplex est, & quod *personale jus* sit ususfructus, & ne alias *inutilis* proprietario esset, contra princip. œconomica. Excipiunt tamen Dd. quos sequitur Noalis, *d. tr. cas. 65. n. 5.* (1) quando id expressè vel tacitè actum, *ut l. 36. §. 1. de usufr.* quo casu benignè receptum dicunt eum transire tantùm *ad primos heredes*, non ad ulteriores, per *l. 14. C. de usufr.* (2) *Si mortuus* sit promissor ususfructus, *l. 5. vers. reo. de usufr.* (3) Si *operæ hominis* sint legatæ, *l. 2. de usufr. leg.* (4) in casu *l. ult. C. de usufr.* Verùm pleræque hæ exceptiones non sunt de regula, quæ est de constituto ususfructu & radicato in persona usufructuarii. Sic enim *d. l. 36. §. 1. ubi: sin autem id actum sit ut promissoris, non* dicitur quod ad hæredem transeat ususfructus, (*constitutus*) sed quia stipulator proprietatem, promissor ususfructum retinuerat, hic ad stipulatorem propterea rectè transit, quia sublatum est ejus subjectum. Et in *d. l. 14.* Bachov. *ad §. 5. Inst. de usufr. & ad Tr. h. th. 12. A.* per hæredem rectè intelligit non hæredem usufructuarii, sed testatoris. *Ex l. 5. de usufr.* quidem constat quod promissore ususfructus mortuo, ejusdem obligatio ad hæredes transeat. Sed hæc nulla exceptio est. 1. quia quæstio hîc saltem de morte usufructuarii, non de promissore ususfructus. 2. de constituto & acquisito jam usufructu. At verò ususfructus promissus ex parte promissoris personalis non est, ut est jam constitutus ex parte usufructuarii, sed in rem, ideoque debetur, Noal. *d. cas. n. 5. vers. declaratur secundo.* Denique legatum operarum usufructuarium non facit *d. l. 2.* ideoque nec illud hîc exceptionem meretur. At in casu *l. f. C. de usufr.* id singulari ratione receptum est. Alias quoque limitationes suppeditat Dn. Mantz. *d. tr. t. 4. n. 16. & seqq.* Et pertinet huc quoque an usufructu finito possessio naturalis cum civili consolidetur, ac quomodo, de quo latè videndus Klockius *p. 2. cons. 2. n. 23. 24. 25. & n. 29. 30. 31.* Thom. Merckelb. *ap. Klock. p. 2. c. 8. n. 8.*

Fructus ultimi anni an sint usufructuarii an verò proprietarii. Dist. N. III. *Nisi quatenus sunt percepti*) Dist. inter fructus ultimi anni *naturales & civiles*, illi vel percepti ab usufructuario vel non, *§. 37. J. de rer. div.* Perceptos *ad heredes transmittit.* sive illi *naturales* sint in specie dicti, sive *industriales*, *l. 13. h. t.* Dicuntur autem percepti qui *separati, sive ipse eos separaverit, sive alius ejus nomine*, etsi sint demessi & jacentes, *d. l. 13.* wiewol sie noch nicht eingesamlet. Separati verò ab alio, v. c. si fur decerpserit vel desecuerit, ad hæredem usufructuarii non pertinent, quia ab eo non sunt percepti, *l. 12. §. 5. de usufr.* quos tamen b. f. possessor suos facit, per *d. l. 13. h. t.* Contra nondum percepti, unaufgehobene Früchte, *ad proprietarium pertinent*, propter rationem *l. 44. de rei vind.* Hujusmodi sunt (1) ab alio separati, (2) pendentes, nochstehende (3) sati & occati, *l. 58. de usufruct.* so gesäet und beegdet. Neque hoc in ultimis hîce iniquum videtur; *quamvis enim in thesi æquum sit, ut hæres usufructuarii impensas quas usufructuarius in fundo fecit consequatur, attamen hîc illud fallit propterea, quod contra illi fructus qui sunt tempore quo dies ususfructus legati cedit pendentes & maturi, ad fructuarium pertinent, l. 27. pr. de usufr.* Secus est Jure Sax. *quod non inspicit utrum perceperit fructuarius fructus vel non, sed solius culturæ rationem habet*, da der Acker bestellet und besäet/ auch die Egde das Land bestrichen. Landr. *lib. 3. art. 76. & 77. Civiles fructus*, veluti usuras, pensiones, census ac reditus, jährliche gefälle/ *pro rata temporis ad hæredem usufructuarii pertinere*, plerique contendunt, *si non per totum annum nascantur sed per menses diesque singulos percipiantur*, licet dies solvendi vivente fructuario non venerit, *l. 26. de usufr. arg. l. 58. eod.* Contrà verò *agrorum reditus qui certo anni tempore colliguntur, fieri fructuarii ejusve hæredum, si à colono percepti fuerint*, licet ususfr. finitus sit ante tempus quo pensio debebatur, *d. l. 58. proprietarii verò si ita percepti non fuerint.* Ita del Castillo *de usufr. c. 77. n. 20. & seqq.* Mart. Monter. à Cueva *dec. regni Arrag. 17. n. 11. & seqq.* Joann. Vincent. Hondcd. *cons. 58. n. 4. & 28. Bachov. d. disp. th. 8. D.* Add. Dn. Mantz. *d. tr. t. 1. ubi n. 123. & seqq.* ubi optimè docet fundi usufructu constituto, quid generaliter quid specialiter inde percipere liceat. Conf. Eund. *n. 137.* Weizenegger *d. tr. diss. 2. c. 5. n. 38. 39.* D. Stuck. *p. 1. cons. 10. n. 303. & seqq.* & quibus remediis usufructuarius ut b. f. possessor, impensas reposcat, Eund. *c. 24 n. 124. 136. 137. 138. 139.* Quod usufructuarius quoad fructus percipiendos habeatur loco domini, Dn. Richter. *p. 1. cons. 14. n. 48. p. 2. c. 26. n. 25.* Merckelb. *ap.* Klock. *p. 2. c. 66. n. 2. & 4 Klock. p. 2. c. 71. n. 4. & seqq.*

Quomodo ususfr. cessione amittatur. N. V. *Cedendo autem extraneo nihil agitur*) Q. in genere hæc est, *an cedi possit ususfructus extraneo?* Cedere est *jus suum in alium transferre.* Jus autem ususfructus aliud *reale* est aliud *personale*. illud quod in utendo fruendo consistit, hoc quod ossibus fructuarii inhæret, *arg. l. 3. C. de novat. Vid. Bachov. in not. h.* Et hoc quidem cedi extraneo nequit, *arg. l. 4. de novat.* Illud potest, *quia jus hoc te perceptionis s. commoditas percipiendi q. extra personam usufructuarii consistit*, *Jus reale cedi potest* & ad alium sub appellatione ususfructus vel juris recti transfertur, per locationem, oppignorationem, venditionem, *l. 11. §. 2. de pignor. l. 8. pr. de reb. aut. Jud. possid.*

possid. l.12. §.2.l.38.l.39.l.67. de usufr. Ita tamen, ut usufructuarius maneat ille qui transfert quousque vivit, & eo mortuo cessionarius desinat percipere commoditatem utendi fruendi, quod soluto jure datoris solvatur etiam jus acceptoris, *l. 31. de pignor.* vid. Klock. *p. 1. cons. 35. n. 226. & seqq.* Neque refragatur *l. 66. de jure dot.* quia expresse loquitur, *non de jure personali, sed reali*, quod dicitur cedi posse. Et quamvis hoc modo contingat, mortuo v.c. usufructuario, finiri commoditatem illam percipiendi in cessionario, tamen exinde non sequitur ergo cessio nulla est; nam cessio juris realis hic valet; quod autem hoc jus tollatur in cessionario hoc fit per consequentiam, ut rectè Bach. *h.* dum ipsum jus personale solvitur in cedente, *arg. d. l. 31. de pignor.* Bachov. tamen *ad Tr. th. 10. A. & C. d. dictam l. 66.* intelligit de cessione in specie, solenni, juris sui abdicandi caussa, quæ nisi proprietario fieri non potest. Ita Domini Antecessores Facult. ad Ulricum Trott Quedlinburgi, anno 1603. 7. Octobr. verbis: Daß ein Leibzüchterin ihres Leibzuchts Nießbarkeit/ ohn besondern erlangten des Lehnherrn consens oder dießfals geleisteter caution, einem andern zum besten zuversetzen befugt sey. V. R. W. Et a. 1644. 23. Julii ad Senatum Regio Lothar. das jetz gedachte Catharina Göselß das in ehe pactis ad vitam ihr verschriebenes Hauß/ so viel dessen usumfructum oder nießbahre Gerechtigkeit betrifft/ jemand zu cediren und abzutretten befugt. V. R. W. Add. Wetzenegger. *d. diss. 2. c. 5. n. 26. & seqq. & diss. 1. c. 3. n. 20.* ubi hoc ita explicat, ut fructuarius nudam facultatem quorundam jurium alii cedere possit, v.c. venandi, non ut jure servitutis alius in fundo fructuario venetur, vel jus reale simile servitutis hac permissione acquiratur, sed nuda facultas, quæ consistit in nuda occupatione ferarum, *l. 12. §. 2. h. t.*

TITULUS V.

De Usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur vel minuuntur.

1\. *Quibus in rebus constitui ususfructus possit.*

Nunc enodemus, Quibus in rebus constitui ususfructus possit. Et quidem Senatus censuit, ut omnium rerum quas, in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo Senatusconsulto inductum videtur, ut & earum rerum ususfructus legari queat, quæ usu pereunt, vel minuuntur: *l. 1. h. t.* quo in numero sunt, pecunia, vinum, frumentum, & consimilia.

2\. *Quare in rebus, quæ usu consumuntur, constitui ususfructus non queat.*

Harum enim rerum nullus est usus, nisi in abusu, nam utendo his rebus, aut alienatur proprietas, ut pecuniæ assidua permutatione: aut consumitur, ut fit in vino, frumento, oleo, & id genus aliis: quorum nullus usus est nisi in abusu, hoc est, substantiæ absumptione. Quare olim usumfructum hæ res non recipiebant, quia nullus est nisi salva rei substantia, ut ostendit Cicero in *Topicis*. Sed Senatusconsulto effectum est, ut quidem non proprius esset pecuniæ ususfructus, (nec enim id ratio naturalis aut civilis patitur, *§. constituitur. inst. de usufr. ubi dixi*) sed ut quasi ususfructus haberetur, *l. 2. §. fi. h. t.*

3\. *Quomodo his in rebus*

Itaque si pecuniæ ususfructus vel usus (qui in hac specie usus appellatione etiam fructum continere magis accipiendum est: *l. quoniam 10. §. 1. l. 5. §. fi. h. t.* tum enim res, id est proprietas cum possessione transfertur, in qua semper ususfructus inest, *l. 4. de usufr.*) sit legatus, vel aliarum rerum quæ in abusu, id est, consumptione consistunt: præstanda quidem res erit legatario, sed ab eo cautio exigenda: ut quando is mortuus aut capite minutus fuerit, ejusdem res qualitatis restituatur: *l. si tibi 6. h. t.*

quasi ususfructus constituatur.

4\. *Hunc quasi usumfructum tantum morte & capitis diminutione finiri.*

Nam in hac stipulatione de reddendo usufructu, duo tantum casus, quibus finitur ususfructus, ponuntur: videlicet mors usufructuarii, & capitis diminutio: quoniam harum rerum usus aliter admitti non potest, quam his modis. *l. in stipulat. 9. cum l. seq. h. t.* Nec enim mutationem aut interitum patiuntur, cum in genere consistant: *l. incendium 1. C. si cer. petat.* si neque non utendo amittuntur: vel quia ipso usu pereunt, ut hic temporis diuturnitas momentum afferre nequeat: vel quia proprietas cum possessione rei ad usufructuarium devolvitur: ut ille continuè possidendo uti semper intelligatur. Inter vivos vix est, ut ejusmodi constitutio admittatur, cum nihil aliud sit quam mutuum: ideo S. C. de usu pecuniæ legato, diserte loquitur, *vide quæ dixi in d. §. constituit. inst. de usufr.*

OBSERVATA.

Quasi ususfr. quat. fit ulis.

N. III. *Cautio exigenda*) Hujus autem ratione redigitur hic q. *seu improprius ususfructus per æquipollentiam* ad verum, dum ususfructuarius re quæ minuitur aut consumitur utens, promittit se *idem genere* constituturum, *l. 6. h. Q.* solet à Dd. *an hac cautio fit de substantia q. ususfructus?* Quod vetitio ratione initii, ut lc. introduci posset, *l. 2. inf. l. 7. h. junct. l. 5. §. 1. eod.* Cæterum restringit Bach *in not. h.* hunc usumfructum ad res tantùm fungibiles quæ totæ utendo alienantur vel consumuntur: ideoque erratum Tribon. putans, quod *in §. 2. S. de usufr.* eo etiam referantur *vestimenta*. Sed potius est ut textum sequamur; quandoquidem in genere earum est q. ususfructus *quæ usu minuuntur*, *d. §. 2.* & conficiuntur vestes ferè ex iis rebus quæ in suo genere functionem recipiunt, ut lanâ, serico & similibus, lanæ autem est q. ususfructus *l. pen. h. t.* conf. D. Mantzius *h. t. q. 5. n. 8. & ad l. 2. de usufr. n. 24. & seq.* Quin & usuras pro vestibus solvi posse, ut pro fungibilibus, constat ex *l. 25. C. de usur.*

Cautio in eo quom. de substantia.

Est quoq; vestimentorum.

Legato re loquitur.

N. IV. *Inter vivos vix est*) Leges enim tantùm legati mentionem faciunt, *l. 1. & t. t. h. l. 69. ad L. Falc.* & causa est, quo valeat ultima voluntas testatoris, qui hoc modo dicitur legare usumfructum, Verum tamen hoc putaverim ratione *initu & causa impulsiva*, quod *legato q. usufructu, primùm cogitatum fuerit de illo per SCtum introducendo*: Quin verò jam introductus rectè obtinere possit & inter vivos, *si promissione factâ per traditionem constituatur*, exinde manifestum est, quod Imp. *in §. 2. de usufr.* pro verbo *legari* quod est *in l. 1. h.* posuerit verbum *constitui*, generale, rectè notante Crispino *ad d. §. 6.* Nec tunc erit mutuum, de quo non actum, quod & ad hæredes transit, neque finitur capitis minutione. Secus ac hic ususfructus, *l. 7. h. §. 1. de usufr.* Neque verò his omnibus officit quod q. ususfr. quandoque fiat perditâ rei substantiâ, & proprietas transeat in q. usumfructuarium *l. 7. h. t.* res autem propria non serviat: unde dicendum videtur, *proprietatem ab usu hic non esse distinctam*, adeoque q. *usumfructum non esse servitutem sed dominium*, quomodo argutantur Theologi nonnulli Scholastici. Resp. enim potest, æstimandum esse ex intentione agentium quid juris transferri debeat vel non, etiam gentium jure, *arg. l. 55. de O. & A. junct. §. 41. de rer. div.* & traditionem non semper dominium transferre, *§. 41 de rer. div.* sed quandoque aliud jus in re, prout tradens voluit, *l. 20. de a. r. d.*

Sed & inter vivos promitti potest.

a.r.d.arg.l. [illegible] *l.f.C.de reb. alien.* Constat autem hîc planè, *proprietarium tradere rem non animo concedenda facultatis ut fruendi absolutè & continuò, qua natura dominus; sed intentio q. ususfructus cujusdam constituendi, ex quo tantum ad vitam fit utendi fruendi potestas*, §. 2. *in f. de usufr.* Ideoque res q. usufructuaria aliena est, sc. concedentis, & serviendo propria fit per indirectum ac per accidens, adeoque jus hocce servitus est, non dominium, de quo transferendo non agitur. Et tamen cum ipsa rei perditio & dominii translatio hîc fiat naturali & civili ratione repugnante, h. e. si naturam veri ususfructus consideres, §. 2. *de usufr.* SCto constitutum fuit, ut quæ πρὸς ἰσ seu per omnia & simpliciter, revera ususfructus non est, *pro tali haberetur, ὁμωνύμως & per analogiam.* Idque causâ utilitatis, *d.* §. 2. *de usufr.* ob quam & aliàs jure positivo multa contra strictas juris regulas sunt introducta, *l.* 51. §. 2, *ad L. Aquil.* Namque pro hominum commoditate, *externâ ratione*, ut subinde fit, excogitatus est in reb. quæ usu consumuntur quidam q. ususfructus, datâ cautione per usufructuarium de eadem qualitate & quantitate finito usufructu restituenda, vel certa pecuniâ dandâ.

Ratio ejus externa.

TITULUS VI.

Si Vsusfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.

1. *De actionibus servitutis personalis.*

Restat ut exequamur, quæ actiones, quibus, contra quos, & ad quid harum personalium servitutum nomine concedantur. Et cum ususfructus vel petatur tanquam debitus, vel ad aliquem pertinere negetur quasi non debitus: proditæ sunt in hanc rem duæ actiones, *l.* 1. *h. t.* quemadmodum & pro cæteris servitutibus: §. *æquè. Inst. de act.*

2. *De confessoria & negatoria.*

Quarum altera quis confitetur & asserit sibi usumfructum deberi, unde & actio Confessoria vocatur *l.* 5. *l.* 5. §. 1. *h. t.* Quoniam illa qui agit, jus quod sibi adest confitetur, ad hunc modum: SI PARET USUMFRUCTUM MEUM ESSE. *Theophilus in d.* §. *æquè* &c. Altera asseritur libertas prædii, negaturque ususfructus quem quis indebitè sibi usurpat: ut, Si PARET ADVERSARIUM JUS UTENDI FRUENDI FUNDO MEO NON HABERE, &c. Hinc negatoria dicta est hæc actio *d. l.* 5. *h. t.* Utraque verò Realis est, quia ratione rei competit §. *æquè ub* Dd. *Inst. de act. l.* 2. *com. præ. l.* 4. *l.* 6. *si ser. vend.* Confessoria vendicatio est servitutis. *l. eredit.* 9. *de oper. no. nuncia. l.* 4. *de serv.* seu actio in rem specialis, qua jus in re postulatur. *l.* 3. *in prin. C. de præscr.* 30. *annor.*

3. *Quis, adversus quem, ad quid agat confessoria*

Confessoria autem agit, qui usumfructum sibi velut suum, vel aliam servitutem asserit, *l. ex quo* 16. *de serv. l. creditori* 9. *de oper. nov. nunc. l.* 5. *& passim h. t.* nec tantum adversus dominum qui servitutem debet, sed omnes omnino qui impediunt usumfructum, quocunque tandem modo id fiat: *l. si quis diuturno* 10. §. *ageinf. si servitus vend. l. uti frui.* §. 6. *utrum* 1. *h. t.* & ad hoc agit ut judex declaret usumfructum sibi competere, condemnetque adversarium ut patiatur actorem uti frui, nec in posterum impediat: eoque nomine caveat, *l. un. ubi Bar. C.* [illegible] *l. hominum.* 7. *l. agi.* 12. *inf. si ser. vend.* præstetque fructus (si fortè aliquo tempore possedit) perceptos, & id quod interesse potest actoris, creatum sibi impedimentum non fuisse *d. l. uti frui.* 5. §. *fin.*

4. *Differentia inter confessoriã & personalem, ad servitutẽ consequendam.*

Ex quibus apparet, aliam esse hanc actionem, quam illam Personalem, qua ad constituendum usumfructum, ex testamento forte, vel contractu contra hæredem, aut eum qui promisit, agitur. Hæc enim non est Confessoria nam non confitetur actor in ea jus quod habet, sed quod non habet petit, tanquam sibi debitum constitui. Unde personalis est actio, non Realis, quia non competit ratione juris quod rei insit. Nullum enim jus in re esse potest, priusquam sit illud constitutum At hæc de qua agimus, realis est: petit enim actor declarari, sibi jus esse ejusmodi jam ante constitutum & quæsitum, & in jure antea sibi constituto perfruendo, impediri se a reo non oportere contendit.

5. *Confessoriam non dari domino fundi.*

Hæc autem actio domino servitutis, non autem fundi domino datur: quia qui habet fundum: integrumque dominium, jus utendi fruendi separatim, & servitutem non habet: nec enim potest alicui suus fundus servire *l. uti frui* §. *in princ. h. tit.* Sed si impediatur in possessione suæ rei, agere licet illi interdictis, quæ in hoc prodita sunt, ut suæ unicuique possessiones sine impedimento liberæ sint, atque salvæ, *vide inf. uti poss. & unde vi.*

6. *Negatoria cui, ad quid detur*

Porro actio negatoria, velut superiori contraria, domino fundi datur, adversus eum qui usu aliquo servitutis libertatem rei impedit, & sibi usurpat: *Bald. in l. quemadmodum* 29. §. 1 *ad l. Aquil.* contra quem dominus per hanc actionem libertatem sui prædii astruit negatque adversario usumfructum deberi: unde & Negatoria appellatur. Petit enim ut judex declaret suum prædium esse liberum: jubeatque cavere adversarium, ne in posterum jus servitutis ullum usurpet, & quanti interest præterito tempore non usurpatum fuisse, ut id sibi rependat. *d. l. uti frui. h. t. l. eq.* 25. *inf. si servitus vend.* Ex qua ipsa actionis formula patet: cur in corporalibus negatoriè agi permittatur, cum ad petendas res corporales id genus actionis proditum non sit. §. *æquè Inst. de action. ubi dixi.*

7. *Quare in incorporalib. negatoria detur, non in corporalibus.*

Nam in his qui possidet, ei actio nulla datur, per quam neget actoris rem esse: *l.* 1. §. *interdictum. inf. uti possidetis* cum quia ei sufficere debet, quod habeat possessionem: ut non opus sit supervacaneis actionibus judicia onerari: tum quod non actutus sit de jure suo, sed alieno: quod perabsurdum est: *d. l. uti frui l. loci* 4. §. *competit. si servit. vend.* quicunque enim cum aliquo agit, ex eo jure quod ipse habet, *l.* 1. *si pars hæred. peta.* causam suam judici probare necesse habet, ut rectè annotavit Theoph. *ad d.* §. *æquè vide Bart. & Castr. in l.* 1. 2. *de interd. rei jud.* Nam alioqui possessori, si agat de jure alieno, nihil profuturum est, declarari adversarium non esse dominum: neque enim, etiamsi is dominus non sit, ideo sequitur, possessori dominium competere. *l. sed si possessori* 11. *de jurejur.* Multò autem minus illi proderit, si asserat tertium, puta, Titium esse dominum. Nam de jure & re aliena nemo sine idoneo mandato agere potest: & ut maximè agat atque obtineat: non tamen aut sibi proderit, quia de jure suo nihil probavit, nihilque judicatum est: aut vero domino, quia sententia & res inter alios dicta, alios neque prodest neque nocet. *l. sæpe* 63 *de re jud* At in incorporalibus, qui Negatoriam proponit, etsi verbo negat, tamen revera Confessoriam agit, Qui enim inficiatur alteri servitutem deberi in suo fundo, affirmat & confitetur rebus ipsis prædium suum esse liberum. *l. loci.* 4. §. *pen. & fi. cum l. seqq l. si uti.* 8. *inf. si servitus vendicetur.* ipsique ejus libertatem ostendere intendit. Et hæc quidem de tractatu ususfructus dicta sufficiant: si illud prius monuerimus, has actiones eodem tempore durare, quo rei vendicationes. Quod igitur dicitur, his actionibus decem & viginti annorum spatio præscribi, id sic intelligo: quando tanto tempore jus servitutis aut extinctum, aut quæsitum est. *l.* 2. *de ser. vide hac de re las. in* §. *æquè nu.* 37. *Inst. de act. per l. corruptionem* 16. *C. de usufr. l. pen, C. de servit.* nam si præscriptio ad injustitiam tituli, aut interruptionem, aut malam fidem, aliudve impedimentum completa non sit: haud quaquam putaverim, aliter quam 30. annor. spatio hic actionibus præscribi: sicut & de rei vendicatione supra est expositum, *ad tit. de rei vend. vide tamen dubitantem in d.* §. *æquè n.* 39. *l.* 3. *C de præscr.* 30. *ann.* Omitto nunc quæstionem, an mala fides non hanc etiam præscriptionem inhibeat: de qua alibi fortassis erit dicendi locus. Certum tamen est, jure civili non inhiberi, *vide l.* 3. 4. 6. 7 & *C. de præscr.* 30. *annor. l.* 2. *l. ult. C de annal. exc. ope l. mora. ubi Salic. num.* 5 *C. de rei vend. & in l. ult. num.* 25. *C. de adqu. divi. Adven. tollend. Bart. num.* 3. *Castr. num.* 6. *& Dd. l. sequetur.* §. *viam de usucap. Castr. l. hac autem num.* 4 *de servitut. urb prædio. Ripa l. nemo potest num.* 113. *de legat.* 1. *Pelin. Rubr. de præscrip num.* 18. *& in c. fin num.* 6. *eod. tit. Paris. consil.* 101 *num.* 18. *vol.* 1. *Socin. jun. consil.* 145. *num.* 65. *vol.* 1. *Boerius de præscript. fin.* §. 5. *num* 12. *&* 13. cum absque respectu possidentium, neque considerato, utrum bonæ malæve fidei sint, tantum in odium agere negligentium sit inducta *d. l. ut perfectius. l. ult. C de ann. except. Bart. &* Dd. *l. communissime C. de præscr.* 30 *annor.* ut aliquis esset controversiarum finis: *l.* 3. *l.* 4. *cum seq. eod. tit. C. de præscr.* 30. *annor.* nec in incerto manerent dominia, si post tantum intervallum repetitionibus cujusvis relinquerentur. Cæterum Jure Pont. aliud inductum volunt. *Canon. c. ult. de præscript. Bovius de præscr. statu,* §. 1. *n.* 33. 34. *Tiraq. de retrac. conven* §. 1. *gl.* 5. *n.* 50. *& de præscr.* §. 1. *gl.* 2. *& hanc magis communem testatur Anton. Gab. lib.* 5. *conclus.* 3. *de quo scripsi consil.* 5.

OBSER-

OBSERVATA.

Per act. realem usufr. non dicitur debitus sed noster.

N. I. *Tanquam debitus*) *Imò rectius tanquam* noster; quia actiones quibus *de mox loquitur, reales sunt, quibus rem vel servitutem dicimus* non deberi: sed nostram esse, §.1. *I. d. action. l. 5. §. 1. h. t.* contrà *per obligationem & actiones personales dicimus servitutem* haud nostram esse, sed deberi, *l. 3. de oblig. Act.*

Vindicatur tantū jus in re, non res ipsa.

N. II. *Quæ jus in re postulatur*) *Neque enim ut emphyteuta & vasallus, etiam rem ipsam vindicare potest usufructuarius,* sed tantum *jus in re* quod habet, *l. 5. §. 1. verb. usumfructum vindicare h. t. l. 13. pr. §. 1. verb. qui jus habent, ut puta servitutem 1. & 2. de damn. infect. l. 19. pr. verb. sive aliquid in re jur. habent, qualis est fructuarius eod. t.* Et sunt quædam reales actiones, quibus tantum jus vindicatur, *l. 3. C. de præscript. 30. ann.* Exindeque malè nonnulli servitutes referunt ad dominium, dicentes in illis vindicari dominium juris, cum Vulte jo, quo etiam inclinat Bach. *ad Aut. n. 1.*

Non dominium juris sed jus servitutis contra Vult. & Bach.

Propria enim & singularis species est actionis in rem actio confessoria, *§. æque. de Act.* quæ formaliter differt ab illa quæ in specie dicitur rei vindicatio, & competit pro re corporali petendâ *§. 1. I. eod. & 1 1 Sup. de Rei vindic.* ergo & causæ ipsarum diversæ erunt, non eædem: singulæ enim causæ singulis actionibus sunt distinguendæ, *§. 5. I. quib. mod. test. inf. Conf.* Less. *d. lib. 2. c. 3. d. 6. n. 27.*

Actio real. de servit. directa & utilis.

Cæterum *confessoria* hæc alia *directa* est, alia *utilis*. Illa ei qui jus usufructus vel alterius servitutis constitutum habet, & de servitutibus tantum datur, *l. 2. §. 1. si serv. vindic.* Hæc dicitur talis duplici ratione (1) quod competat illis qui *jus aliquod inferius & infirmius* habent propter quod actione directa agere nequeunt, ut emphyteuta, vasallus, superficiarius, creditor; *l. 1. §. f. de superf. l. 16. de servit. l. 9. de nov. op. nunc.* (2) quod detur pro *aliis juribus consimilibus* servituti, ut sunt *Jurisdictio, jus decimarum, operarum f. servitiorum* der Dienste/ *jus venandi, patronatus, redituum &c. arg l. 9. §. 2. in f. de damn. infect. l. ult. de arbor. cadend.* Eadem ratio est actionis negatoriæ. Hocque ita usu servatur, Vaudo nequicquam dissentiente, *2. var. quæst. 27.*

Lectio Autoris vulgaris servata contra censuram Duacenam.

N. VI. *Cur in incorporalibus*) Bach. *in not. h.* putat legendum *cur incorporalibus negatoriè agi non permittatur*: atque ita video etiam ferè immutata esse verba Autoris per censuram Duacenam editionis novissimæ Coloniensis. Verùm ex nulla ratione; Et rectè habet vulgatum exemplar, *cur in corporalibus negatoriè agi permittatur; tum quia antea de formula actionis negatoriæ incorporalium, seu subjectâ materia dictum erat; tum quia verum est, ex illis dictis jam apparere cur incorporalibus ita negatoriè agi permittatur.* Nam ratio cur in corporalibus negatoriè agi non permittatur, jam ante indicata non est, sed ea assignatur demum *in n. 7.* Quin si ita legendum, ut Bachov. contendit, necessariò immotanda erunt etiam verba *proditum sit*: suadet enim hoc ratio oppositionis, & tamen Bachov. illa integra relinquit.

Quare non detur vindicatio rei corporalis negatoria, cum detur negatoria servitutū.

N. VII. *Nam in his qui possidet*) Q. *Cur possidens rem corporalem, quam alter dicit suam esse, non æque habeat actionem realem negatoriam, ac ille qui possidet fundum liberum à servitute, quem alter dicit servitutem debere?* Et rectè de hoc sentit Autor *h. n. 7.* Sed præcipua differentiæ ratio est ex princip. civilibus, (1) quod *in solis servitutibus* sit locus actioni negatoriæ, non in vindicatione rei corporalis, *d. §. 2. inf. de action. quia hic nihil relevat probatio facta, rem non esse petitoris*: (2) quod vindicatio servitutum non possidenti detur, & possidenti, *d. § ibi: sanè uno casu: quippe q. possidetur non modo jus servitutis, sed & jus libertatis, seu rei incorporalis,* ideoque dejecto vel turbato (atque ita non possidenti) competit etiam actio, *per l. 6. §. 1 si serv. vindic. l. 5. §. f. h. t.* vindicatio autem rerum corporalium non datur nisi non possidenti, *d. §. 2.* cum possidenti sufficere debeat quod possideat, *l. 1. §. 6. uti possid.* unde prospicere sibi potest ex jure possessionis. Confer. Bachov. *h.*

TITULUS VII.

De Operis servorum.

EST autem consimile usufructus, operarum legatum: quando videlicet non ipse ususfructus: sed servi hominis (cæterarum enim animantium usus non in operis, sed in usufructu est. *Govea lib. 10. Lect. c. 7.*) operæ legantur vel inter vivos constituuntur. Cum enim fructus hominis in operis consistat, & retro in fructu hominis operæ sint: *l. fructus 4. hoc tit.* consequens est, operis servorum legatis vel concessis, & fructum, *d. l. 4.* & usum *l. operis. 5. h. t. ubi tamen Gov. d. c 6 pro. usum legit. usumfructum,* atque ita etiam usumfructum effectu concessum, intelligi. *d l. 5.* Verum hoc differunt, quod nec capitis diminutione, imo ne morte quidem ipsius cui debentur, *l. 2. de usufruct. lega cum ll. f 9. Bald. & Dd. Rub C. de usufruct.* neque non utendo operæ amittantur. *l. 2. h. t.* cujus ratio est, quod operæ in actione hominis consistant, neque sint in rerum natura, priusquam præstantur: *l. operæ 9 de operis libert.* Quod autem non est, id neque capitis diminutione, nec morte, aut non utendo, perire potest: *l. 2. h. t & l. Sempronius 26. de usu & usufr. legat.* Privatio enim præsupponit habitum, ut vulgo loquuntur. *l decem. 116. de ver. obl. nam etsi 1. de injust rup. & irr. test.* Adde, quod operæ quandam habeant cum dominio cognationem: *d. l. opera. de oper liber.* cui argumento est, quod cum ususfructus usucapione proprietatis non amittatur, *l locum 17. 1. proprietarius 2. supr. de usufr. l. justo 44 § non mutat de usucap.* operarum tamen legatum, servo usucapto, pereat. *l. 2. de usu & usufru. legat.* Ut igitur dominium non extinguitur primo domino moriente, sed transit ad ejus hæredes: ita & legatarius ad successores suos operarum legatum transmittit: quæ operæ præstandæ erunt, donec is à quo sunt edendæ, fuerit superstes: nam ejus morte finiuntur. *arg l interdum 34 de oper. lib l unic. § ne autem. C. de cad tollend.* Goveanus *lib. 1. cap. 7.* illam affert rationem, quod ususfructus sit jus personale, operæ non sint: sed magis ex re quæ eas debet, spectentur.

OBSERVATA.

Jus operarum servilium est propriu servitus personalis.

Consequens est) *Imò accuratè loquendo* & ratione objecti *differunt servitus operarum & ususfructus.* Et rectè notat Bach. *hic* Autorem abuti textu *l. 4. h. t. Num enim quamvis fructus hominis in operis consistat & retro in fructu hominis opera sint, tamen opera servi & ususfructus servi non sunt unum & idem.* Sed (1) *hoc illo majus quid & plenius,* (2) *& ususfructus in fructibus consistit & tamen fructus non sunt ususfructus: quia illi corpores. hic vero juris.* Sic & operæ facti sunt, & differunt exactè loquendo ab eo quod servus ex re fructuaria acquirit, *§. 4. I. per quas person. cuique:* unde & is cui operæ debentur, usufructuarius negatur *in l. 2. de usufr. leg.* Imò jus hocce operarum *propria servitus est,* ab usu & usufructu separata, *quâ ex servi alieni operis omnem utilitatem* percipimus, *per l. 1. §. 9. ad L. Falc. l. 37. de usufr. l. 5. l. f. usufruct. quemadmodum caveat.* Fern. Weizenegger

diss. 2.

diss.2.c.1.n.12. & seqq. ubi ad longum deducit operas serviles esse servit. personalem, sed à cæteris degenerem. Add.Bachov. *h. in not.* Unde *etiam capitis diminutione vel non utendo non amittitur l.2. de usufr.leg.* Extra ordinem verò hic constitutum est, *quod legatarius operarum transmittat jus suum ad hæredes, d.l.2 de usufr. leg.* legatarius enim operarum usufructuarius non est, & operæ cum usu & ususfructu saltem sec. quid comparantur *in l.3.& l.5.h.t.* quos morte ejus quibus competunt finiri tralatitium, *§.finitur l.de usufr.* Neque cum Bach. *in not.h. hoc* restringi potest *d.l.2.* ad casum ubi legatarius operarum ante constitutas operas præmoritur; *quia textus non distinguit, & sufficit hic natura servitutis operarum propria, etiam hoc nomine ab usufructu & usu diversa.* Add.D.Mantz. *de servit.s.7.*

Explicat. l.2. de usu & usufr. leg.

T I T U L U S VIII.

De Usu & habitatione.

1. *Usum similem esse usufructui.*

NUnc videndum est de Usu & Habitatione, quæ servitutes quoque personales sunt, sicuti ususfructus, cujus quædam quasi pars sunt. *l.per servum,14.§.1.hoc tit.* ut meritò idem jus in parte, quod in toto, servetur, *l. quæ de tota de rei vend.* Constituitur autem usus sine Fructu, ut quis utatur re ad suas necessitates, non vero fruatur ad utilitatem: *l 2.l.per servum 14.§.1 l plenum 12.h.t.* & iisdem omnino modis, quibus ususfructus, consistit ac desinere solet, *d.l.1 in prin.Inst. eod.*

2. *Quid contineat usus.*

Itaque cum Usus non omne omnino emolumentum, quod quoquo modo ex quaque re percipi potest, sed tantum quantum opus est ad victum utenti, comprehendat, ut ante diximus: *ad tit de usufru.* consequens est, cui usus relictus sit, cum Uti posse ad subsidia vitæ, Frui vero non posse, *l. 1 h.t.* Unde usu ædium legato, habitare cum conjuge & familia parentibusque, & inquilinum quoque recipere, dum ipse inhabitat, usuarius potest *d l.2 3.4.5 6.7 hoc tit.* Locare vero seorsum aut concedere habitationem sine se, aut usum vendere, permissum non est: *l.sed neque 8.l si habitatio 10.in fin. h.t.* cum hæc omnia, quantum ad fructus ipsos attinet, usufructuarius facere queat, *Inst.eod in princ vers.nec ullo.* cujus ea est ratio, quod ad usufructuarium omnis rei utilitas pertineat: usuario tamen id tantum sit concessum, ut pro conditione suæ personæ rei utatur. Quod si locare alii seorsum vel vendere jus suum habitandi posset, jam uti domo ad necessitates suas, contra naturam usus, desineret. *d l plenum § equitii 1. & § si usus 4. in verb quemadmodum enim concedere alii operas poterit, cum ipse uti debeat* Pari ratione constituto cæterarum rerum usu dicenda sunt: verbi gratia, si usus fundi relictus sit, potestas habitandi, deambulandi, utendi etiam fructibus naturalibus, ut pomis, floribus, lignis, fœno, &c. quatenus ad quotidianum victum opus est, facta videtur. Domino autem fundi in ferendo, colendove impedimento esse: aut fructus industriales, ut vinum, frumentum, &c. ejus sumptu atque facto provenientes, decerpere, & alienam in messem falcem immittere, usuarius non debet, *d l.si habitatio §.fin.cum l seq. h t.*

3. *Quando ususfructus continuatur.*

Usus tamen nomine, aliquando & Fructus continetur, quoties ex verbis testatoris vel rei natura, vel conditione legatarii, id fieri oportere ratio suadeat. Unde usu sylvæ legato fructum quoque legatum videri, Adrianus rescripsit. *l divus Adrianus 22. hoc tit.* quia nisi liceret legatariis cædere sylvam & vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato. Cædere igitur, & vendere, non quidem sicuti plenus usufructuarius, sed pro ratione & modo sui usus, poterunt. Nam & alias quamvis usuarius alii usum concedere prohibeatur: tamen insolens illi invidendum est, si eos fructus, quos ad usum & necessitates suas percepit, vendere velit. *argumento d.l. plenum. §.fin cum l seq. hoc tit.*

4. *Quare frui pro parte, non uti possumus.*

Porro illud notatu dignum est, quod usus pars legari nequit. Frui enim, ut J C. inquit, pro parte possumus, Uti pro parte non possumus, *l.usus 19.h t.* Differentiæ ratio est, quod ut ipsi fructus divisionem admittunt (licet enim fructuum partem tantum recipere ita & effectu ususfructus: at usus cum ad victum quotidianum, necessitatesque vitæ tolerandas referatur, sub partitionem non cadit: quia partim vivi nequit.

5. *De habitatione.*

Quod ad habitationem attinet, hæc & usus ædium, idem effectu fere sunt, nullus enim est alius propemodum ædium usus, quam habitatio, cujus gratia extruuntur. *d l. si habitatio 10 h.t. Cic lib.1 off. unde quæ dixi Inst eod.* Si cui tamen habitatio legata, vel alio modo constituta fuerit: neque usus, nec ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus constitutum videbitur. *§.sed si cui Inst. eod.* Differt enim in hoc ab usu, quod hic in Jure, habitatio vero in Facto consistat: cui usus constituitur, illi jus servitutis competat: in habitatione vero solum habitandi factum insit: unde nec capitis diminutione: neque non utendo, quemadmodum ususfructus & usus, amittitur, *d l si habitatio.*

6. *Habitationem non utendo, aut capitis diminutione non extingui, sed morte.*

Habitatio enim nulla intelligitur, nisi vere habitetur. Unde quod non est non utendo, id est, non habitando, nullo modo potest amitti. *d.l.Sempronius. de usu & usufr lega.* Pari ratione Capitis diminutio habitationem non extinguit: neque Præteritam: quia cum habitatio ipsa perceptione & singulis momentis quibus habitamus, consumatur, desiit esse in rerum natura: neque Futuram, quoniam nondum existit: quod autem non est, perire nequit, ut paulo ante diximus. Morte tamen corrumpitur: quoniam personalis est habitatio & factum ejus cui competit, videlicet Inhabitationem, omnino requirit.

7. *Quod insit habitationi.*

Eaque de causa olim nonnullis J. C. visum fuit, habitationem alteri non posse locari, aut quoquo modo cedi: *l si habitatio. 10. hoc tit.* quod nimirum jus nullum existat habitationis, nisi in ipso ejus facto cui constituta est Sed postea Justin. aliorum sententiam secutus, *l.1 inf commod* quo plenius esset habitationis jus, locandi facultatem concessit *l.cum antiquitas 13.C. de usu r & habitat.* Ultimo sumus admonendi, dominum proprietatis debere causam habitantis, aut usuarii, nullo modo facere deteriorem: facit autem deteriorem, etiam in meliorem statu re commutata, *l.fin. hoc tit.* Et rursum si plus utatur usuarius quam oportet, officio judicis contineri, ne aliter, quam debet, utatur. *l. pen in fin h.t.*

O B S E R V A T A.

Usu sylvæ legato inest & fructus.

N. III. *Unde usu sylvæ legato*) Usus hic est *jus utendi re aliena salvâ substantiâ.* Quoad usum sylvæ legatum distinguit Gl. *in all.l.22.h.t.* (quam multi sequuntur,) inter sylvam *remotam & propinquam,* & *d.l 22.* ad remotam restringit. Verum rectius Wesenb. per illum textum generalem affirmat generaliter, *quod usu sylvæ legato, liceat & cædere, & vendere ut usufructuarius,* quod aliàs usui sylvæ exiguam conferret utilitatem, & legatum sui natura fructum contineat: quando & usus pecuniæ est ejus ususfructus, *l.5. §.2. de usufr. ear.rer. quæ usu cons.* Non dubitaverim tamen, quin usu sylvæ legato his verbis: zu nothwendigem Feuerholtz oder Bauerholtz/ non ususfructus sed usus relictus censeatur, ita ut usuarius ea uti debeat tantùm pro necessitate familiæ. Conf. quoad alia Bachov. *in not.* Cæterum Usus semper minor est quàm ususfructus, & in rei commoditatibus quotidianis percipiendis duntaxat consistit. Adeoque ut proprietas rei circa substantiam ejus, juxta physica principia, versatur, & ususfructus circa ea quæ proximè ex substantia procedunt, ita usus eorum propriè est quæ tertio loco à substantia absunt, & in externis rei commoditatibus consistunt. Habitatio hic est *jus habitandi in alienis ædibus, salvâ earum substantiâ arg.l.10.h.* jus dici potest strictius, tantum in habitandi causa facto cõsistens, *arg.§.f.verb.aliquod jus de usu & hab.* diversum ab ædium usu, *d l.10.h.l.10.de cap.minut. & q.usus.* Add.Bachov. *Inst.h.t.* Juxta quæ *pronunciarunt ad requisitionem Senatus Sorsensis Dom. Antecessores* Facult.

Usus diff. à cæt. person.

Habitatio tantum in facto habitandi est

Facult. anno 1621. 13. *Aug. verbis:* das Hansen Peters Witwb / vermög obgedachter Beylage / nicht weiter dann zur Wohnunge / nicht aber zu haltung Viehes / wie auch inerntung und einbringung futters in die Scheuren / berechtiget sey. Solte aber der angezogene Besitzer ihr der Witwen beschwerlich seyn / das sie die Wohnung nicht wol haben könte / so wäre er schuldig ihr ein anders nach nothurfft zu verschaffen / oder aber sie an statt derselben mit Gelde abzufinden. V. R. W. Cons. Weizenegger. *d. tr. diss.* 2. *c.* 9. D. Mantz. *de serv. pers. tit.* 8.

TITULUS IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

1. Quare in troducta sit hac cautio.

HAec de causa rectè à Prætore provisum est, ut legatarius, vel is cui alio modo constitutus esset ususfructus aut usus, de utroque caveret: & usurum se boni viri arbitratu: & cum ususfructus ad eum pertinere desisset, Restituturum quod inde extabit. *l. 1. in prin. h. tit. Paul lib.* 3. *tit.* 6. *& lib* 1. *tit.* 12.

2. Quid insit in cautione.

Hæc stipulatio duas habet causas: unam, si aliter quis utatur, quam Vir bonus arbitrabitur: id est, si non percipiat boni viri arbitratu, & deteriorem causam ususfructus faciat, cæteraque non faciat quæ in re sua faceret *d. l.* 1 § *cavere*, 2. aliam, De usufructu restituendo: quarum prior statim committitur, cum aliter fuerit usus: Ulpius enim visum est, non expectatu dum ususfructus finiatur: & sæpius committitur, toties videlicet, quoties mens re abutitur. Sequens vero committitur finito demum usufructu, *d. l.* 1. *§. ult.* Rectè autem facient hæres & legatarius, si Qualis res sit, cum frui incipit usufructuarius, in testatum redegerint: ut inde apparere possit, an & quatenus pejor facta sit. *d. l.* 1. *§. recte* 3. Hac stipulatione etiam continetur, Dolum malum abesse, abfuturumque esse. *l.* 5. *h. t.*

3. Quando cautio opponit: & quomodo.

Nec solum satisdare jubet Prætor, cum ususfructus legatus aut aliter constitutus est: sed etiam cum vel usus sine fructu legatus. *l. usu* 11. *h. t.* ut cum de solo usu cautio fiat: vel contra fructus sine usu: puta vel quia testator simpliciter fructum legavit, nulla usus mentione facta: quod perinde est atque si usum fructum legasset; *l. per servum* 14. § 1. *sup.* *t.* 1. vel quod vere fructus non jure servitutis (nam fructus sine usu esse non potest, ut sit videlicet servitus) sed legati obtigerint: ut in reditu prædii videre licet, cum vindemia legatur aut messis. Sed etsi habitatio, vel operæ hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, licet per omnia hæc usumfructum non imitentur, nihilominus tamen cogendus erit legatarius cavere, *d. l.* 5. *cum l. seq.* aut actiones quibus ad id compellatur, suscipere, *l. si usufr.* 9 § 1 *h. t.* Cautio autem non de Nuda promissione intelligitur, per *l.* 2. *C. de verb. sig & sup. qui satisd. cog.* sed datis Fidejussoribus. *l.* 4. *ubi glos. C. de usufr. d. l.* 1 *verb datis fidejussoribus qui sufficit. arg.* siquidem haberi possunt. Si vero ne fidejussoribus neque pignoribus ob inopiam cavere usufructuarius queat, aliquis est eum ad Juratoriam cautionem admitti; *Auth. generaliter C. de episc. & cleric. Cyn. Bald. Castr. in l.* 4. *C. de usufruct. Ang. in princ. Instit. de usufr. gl. ff & Dd. in c. qua fronte de appell. Bal. & Jas. in Auth. cui relictum C. de ind. vid. tollen.* etiamsi hoc in disceptationem à nonnullis, atque dubium vocetur. *gl. & Bart. in d. l.* 4.

OBSERVATA.

Æquitas & effectus h. cautionis actio ex stipulatu.

N. I. *Hac de causa*) Æquissima hæc cautio Prætori visa est, *l.* 1. *h.* tendit enim sec. principia cautionalia, ad proprietatis securitatem, de utendo boni viri arbitratu, juxta princ. œconomica & restitutione rei quo ad substantiam, si ususfructus finiatur, *d. l.* 1. Et insignis hujus cautionis *effectus* est, quod inde descendat *actio ex stipulatu*, quæ datur *Domino proprietatis* (*vel heredi*) *qui stipulatus est contra usufructuarium* (*si ipse pignus dedit vel juravit,*) *vel fidejussorem ejus, ad æstimationem ejus in quo usufructuarius causam ususfructus aut rem fecit deteriorem, nec non ad restitutionem rei usufructu finito.* Vid. Oldend. *class.* 3. *act.* 6.

Usufructuarius tenetur conficere inventarium.

N. II. *In testatum redegerint*) h. e. *inventarium fecerint*. Tenetur enim usufructuarius in bonis pater f. sec. œconomica princ. inventarium conficere, *per d. l.* 1. § *rectè h. t.* ut possit tempore restitutionis inde apparere quid acceperit, quid restituendum, atque an, & quatenus rem pejorem fecerit, quod alias non possit fieri æstimatio rerum; unde dicunt Dd. *Inventarium esse necessarium antecedens ad cautionem præstandam.* Hocque non modò verum est de usufructuario *omnium bonorum*, sed & *de quota eorum parte, &* aliis servitutem personalem habentibus. Notandum tamen hic quod ejusmodi inventarium non necesse sit facere *sec. solennitatem inventarii heredis in l. f. C. de I. de lib.* sed sufficiat si fiat *aliqua descriptio vel designatio bonorum.* Vid. Roland. à Valle *tr. de Inventario q.* 36. *p. m.* 48.

Nec tamē solenne.

Præstat & Cautionem, ad quam cogi potest. Qui ab ea immunes.

Cogendus) Cogere potest hæres *eum cui servitus personalis legata*, ad cautionem præstandam, nisi velit eam *remittere*. vel nisi ejusmodi persona sit quæ à cautionis præstatione atque redditione rationum jure singulari sit *immunis*, ut *Pater* habens usufructum bonorum adventitiorum liberorum, *l.* 8. § 4. *C. de bon. quæ lib.* nisi subsit suspicio dissipationis, nec habeat is bona immobilia. Quibus conformiter responsum à Coll. Jur. Helmstad. Matthiæ Borhneman Quedlinburgum, d. 29. Apr. 1607. verb. und wenn ihr solche Güter an stücken und substantz in bleiblichem Wesen erhalten; seind ewer Kinder Freunde euch ein mehres und was auß dem usufructu aufkompt uff Zinse zu legen oder davon Rechnung zu thun / anzumuthen nicht befugt. V. R. W. Idem in *Fisco* obtinet, *arg. l.* 1. § 18 *ut legat. nom. cav.* item in *donatore* qui omnia bona donavit relicto sibi usufructu, Dd. *in l.* 62. *de ædil. Edict.* Et hinc patet quoque hanc cautionem *non esse de substantia ususfructus.* Sed Q. *An eadem remitti possit à testatore in testamento?* Negant id Dd. comm. ratione ducta à defectu potentiæ hominis (testatoris) in re cujus proprietatem alicui legavit; & per *l.* 6 *ut in poss. legat. vel fideic. l. pen. C. eod. l.* 1. *C. h. t. junct. l. nemo potest de R. I.* vid. Gail. 2. O. 145. Cui confirmando addimus Responsum *modo laudatæ Fac. anno* 1607. 21. *Dec.* an Detloff Bruchtorff in Windebin. verb: wann Detloff Rantzowen Witwb / ewer Kinder Großmutter / nach inhalt mehrberürtes Testaments / beym usufructu der sämbtlichen Güter solte gelassen werden: ist sie uff dem fall ein gebürliche cautionem usufructuariam, dessen ungehindert das der testator ihr dieselben erlassen / zu bestellen schüldig / oder könnten uff endliche ihre verweigerung solche Güter ad sequestrationem gebracht werden. V. R. W. Quod si tamen usufructuarius ex inopia nec fidejussores nec pignora habere possit, indistinctè, ceu vult Wesenb. ad jurat. caut. non est admittendus. Sed distinguendum *utrum sit bona vita, & bona possideat an vero non.* Priori casu ad juratoriam admittendum non dubitatur, per *l.* 1. § 2. *C. de assert. toll.* Posteriori casu *restricto jure*, & si proprietarius nolit remittere cautionem, *privatio ususfructus locum habet*; quod hic non possit præstari cautio idonea, *arg.* § 2. *I. de usufr.* Attamen benignius & *æquius videtur*, ut dominus proprietatis prædium ad se recipiat & usufructuario loco ususfructus aliquid solvat; vid. Mynf. 6. *obs.* 48 *n* 8. Sed cum hancce quæstionem latissimè posthæc scripta tractatum viderem ap. D. Mantz. *h. tit.* 9. eo nunc me remitto. Cæterum cavere debet & usuarius, & is cui habitatio vel operæ relictæ fuerint, vel fructus sine usu, *l.* 5. § 1 *h. l.* 5. § 3. *eod.* D. Mantz. *d. tr. t.* 9.

Testator eam non potest remittere.

An & quomodo locus sit cautioni juratoriæ.

DIGESTORUM LIB. VIII.

TITULUS I. C. 3. 34.

De Servitutibus.

1. Continuatio & dispositio hujus materiæ.

SErvitutes aut Personarum sunt, ut Usus, Ususfructus, Habitatio: aut Rerum, ut servitutes Rusticorum prædiorum & Urbanorum, quæ propriè servitutes dicuntur, ut ex inscriptione hujus tituli patet. Ac de illis quidem hactenus, nunc & has exponamus, primo quidem generatim, *ad hunc t.* post per species, *ad tit. de ser. urb. præ. & de ser. rust. præd. & com. d. servit.* tum quomodo petantur: *ad tit. si ser. vind.* postremo, quibus modis amittantur, *ad tit. quem. ser. amit.*

2. Quod sit servitus recta.

Porro, ut a definitione ordiamur. SERVITUS EST JUS AGENDI, HABENDIVE ALIQUID IN FUNDO ALIENO AD SUI PRÆDII UTILITATEM, QUOD JURE COMMUNI AGERE, HABERE NON LICET. Dico, JUS AGENDI HABENDIVE: nam si neque agatur, nec habeatur quippiam in fundo alieno, jam inutilis futura est servitus, ut post videbimus. Additur, IN FUNDO: quia sine prædiis hæc servitus constitui aut esse nequit: *l. ut pomum 8. l. quoties 15. h. t. l. 1. infr. com. præd.* & quidem alieno: nam res sua nemini servit *l. in re 26. infr. e. t. l. uti s. si ususfruct. petat. l. cum essent 33. § fin. de ser. rust. præ.* sed prædiorum oportet alterum esse quod debeat servitutem, cujusque dominus patiatur aliquid fieri in suo fundo, aut non fieri: *d. l. quoties h. t.* alterum cui debeatur, quod Dominans prædium vulgo dicunt, *Dd. hic:* Atque hinc est quod, cum prædiis inhæreant has servitutes, nominentur Prædiales. *l. 1. infr. commun. præd.*

3. Servitus ad utilitatem prædii constituenda.

Merito autem subjiciunt, AD SUI PRÆDII, videlicet dominantis, UTILITATEM: nam de eo quod nihil interest, neque utilitatem prædii præstat, servitus prædialis non constituitur: veluti si stipulet: ne per fundum tuum eas aut ibi consistas, aut mihi concedas jus tibi non esse illo fundo uti frui, nihil agitur: *d. l. quoties in princ.* nec enim meo prædio commodat utare, an non: nec tuo in prædio jus ullum constituitur, ut prædialis hæc dici servitus non possit: quanquam nec personalis sit, cum nihil personæ, cui constitutio sit, præstetur. Oportet igitur, ut mihi jus agendi vel habendi aliquid in tuo fundo ad mei prædii utilitatem constituam: non vero, ut te citra ullum meum commodum agere, facere quid vetem. Id enim esset invidentis rebus alienis, non sibi commodantis: nec in hoc jura prodita sunt, ut quis, cum sua nihil intersit, alii quippiam auferat, vel contra humanitatem sit detrimento § *alteri*. *si quis Inst. de inutil. stipul. si. sup. de pact. ubi Dd. l. quæcunque 10. de acti. l. in fundo 38. de rei vind.* Adde, quod ipsum nomen servitutis indicat, eam ad commoditatem ejus, cui debetur, pertinere. Servire enim id dicitur, quod alii cui servit, commodat: ut ex verbis illis Ciceronis apparet: Servietis mihi, & consuletis meis. Pertinere ergo ad utilitatem prædii dominantis servitus debet: *l. ergo 5. l. ex meo 24. l. qui duo prædia 30. inf. de ser. rust. prædior.* aliqui nihil agitur, id est, constitui servitus non potest, ut inquit J. C. Hinc fit, ut necesse sit vicina esse prædia, in quibus servitus constituitur: cæteroquin nihil intererit servitutem imponi. *l. si ædes 37. cum l. seq. infr. sid. 18. l. Mela 24. § quædam 2. de alimentis legat. l. quæ jella 7. h. fin. de serv. rust. prædior.* Et fortassis hinc etiam est, quod ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut cœnare in alieno possimus, servitus scilicet prædialis imponi nequeat: *l. ut pomum 8. h. t.* quoniam hæc magis ad voluptatem hominis, quam ad veram utilitatem prædii comparantur. Quanquam & illud dici recte potest, non prædio, sed homini servitutem hoc modo constitutum iri: quod omnino in istis prædialibus fieri nequit, ut vel ipsum nomen est argumento *l. 1. inf. comm. prædiorum.* Sane quamvis revera nullam utilitatem servitus apportet, tamen si existiment constituentes fore illam utilem, veluti, si aquam alicui ducere non expediat, servitus ea utilis erit. *l. et fundo. 19. h. t.* Contractus enim initium, & mens contrahentium est attendenda. Postremo additur, QUOD JURE COMMUNI AGERE NON LICEAT. Nam si quid communiter permissum sit, de eo servitutem velle constituere, perquam fuerit absurdum.

4. Definitio Dd. improbatur: & divisio servitutis.

Doctores ita SERVITUTEM definiunt, ut sit JUS QUODDAM PRÆDIO INHÆRENS, QUOD DOMINANTIS UTILITATEM AUGET, SERVIENTIS LIBERTATEM MINUIT. Sed præterquam quod ea definitione non declaretur, quale sit jus servitus: verum quoque non est, diminui semper libertatem sive jus prædii servientis: potest enim utrique fundo servitus esse commoda. Deinde sunt jura quædam ejusmodi prædiorum, quæ tamen servitutes non sunt: *l. 1. § fin. de aqua pluv. arcen.* ut definitio latior hic sit definito. Prior igitur illa, quam retulimus, potior videtur, & probabilior. Servitutum alii tres, alii quatuor, species constituunt *gl. Bart. & Dd. in l. 1. h. t. Capoll. de serv. c. 2. J. C. l. 1. h. t.* tantum duas: alia enim (inquit) sunt servitutes Prædiorum, aliæ Personarum. Personales esse indicantur, quæ ad usum personæ: *l. usus 22. § pleno. 1. l. divus 22. de usu & hab. l. Lucius 37. de ser. rust. prædio. Cyn in l. ult. n. 3. C. de præscrip. long. temp. Bald. in l. 1. n. 2. & l. ut pomum h. t.* Reales seu prædiales, quæ ad utilitatem prædiorum constituuntur. *l. 2. 3. 4. 5. de serv. rustic. præd. gl. in l. 3. § ult. verb. computanda eod. titul. Cast. in l. pecoris, eo titul. Angel. in § ult. Instit. eod. dicens hanc esse communem Capol. de ser. real. cap. 2. n. 6. & de ser. rustic. præd. cap. 4. & cap. de aquæ ductu nu. 5. & 6.* De personalibus supra dictum est, quas omnes esse continuas exposui. *Bart. in l. ususfr. § non mutat de usucap. Capol. de servit. cap. 19.* In prædialibus contra est: quarum nonnullæ sunt Continuæ, videlicet aut actu, aut potentia: quædam Discontinuæ, quarum scilicet usus per solam operam humanam habetur: quæ quando nequeat in continuo & perpetuo esse exercitio atque actu, discontinuam efficit servitutis causam. *Dd. in l. servitutes 14. hoc t. & in l. foramen 27. infr. tit. 18.* Est & illa divisio a Dd. tradita, alias esse servitutes Nominatas, quæ scilicet nominatam & certam juris speciem habent, alias vero Innominatas, quæ singularem formam, certumve nomen non habent. *gl. in l. 2. verb. computanda de servit. rust. præd. Bald. Dd. in Rub. C. de usufruct. Capoll. tract. servit. cap. 19.* item alias Dividuas haberi, alias Individuas, *l. 1. § si ususfructus ad l. Falc. l. stipulationes 72. ubi Dd. de verb. oblig. Capoll. de ser. cap. 10. Duar. disp. lib. 1. cap. 59. vid. Jas. in l. 2. § & harum n. 2. de verb. oblig.*

5. Quomodo constituantur servitutes.

Constitui servitutes Pactionibus inter Vivos, & Ultimis voluntatibus ab his qui jus constituendi habent. *l. qui per 16. l. potest 15. cum prædio § fin. Inst. eo & de usu. vult. in prin. Cap. tract. ser. cap. 19.* dubium non est. Constituitur etiam & acquiritur hodie (nam olim contra fuit. *l. si alienam 10. § hoc jure, de usucap. vide infr. tit. de usucap.*) servitus Præscriptione longi temporis, exemplo rerum immobilium: *l. fin. C. de præscr. long. temp. l. 2. C. de servit. Dd. in l. servitutes 14. hoc t.* quando scilicet cum titulo possidetur: ut quia jure constituta sit a non domino. *Cyn. & Castr. in d. l. 2. per l. fin. C. de long. temp. præscript. Capoll. de serv. urb. cap. 21.* quando vero sine titulo, scientia & patientia domini opus est, *d. l. 2. C. de servit.* quæ sit loco tituli. *l. si quis 10. si ser. vind.* ad usucapionem longi temporis complendam: nam ad præscriptionem longissimi temporis, seu 30. annorum complendam, neutro est opus *Capoll. de ser. urb. prædior. cap. 20. per doctrinam Cast. in d. l. 2. vide Franc. Balb. tr. de præscript. & l. Celsus 27. de usucap.* Et hæc in continuis servitutibus obtinent. Nam discontinuæ non præscribuntur, quia præscriptio continuam possessionem, quæ hic nulla habetur, exigit: tanto tamen tempore cujus initii memoria non superest: *l. servitutes 14. ubi Dd. hoc. Capoll. de serv. urb. c. 19.* velut privilegio quodam has etiam acquiri voluut. Sed & jure Sax. indistincte omnes 31. annis acquiruntur. Et hæc quidem ita recepta sunt & communibus calculis approbata, in foro quoque frequentantur, *Guid. Pap. decis. 573.* Quæ si quis ad veritatem juris limare ac exigere velit, profecto reperiet, hanc distinctionem neque jure nec firma ratione ulla probari. Omnes enim servitutes, natura sua continuam causam habere debent: *l. foramen 27. de servit. urb. præd.* quæ quidem servitutis natura seu potentia quandocunque libet utendi, vel ipsis testibus Doctoribus *Alex. consil. 16. in causa num. 13. vol. 5.* magis consideratur, quam continuitas actus: sufficere enim debet Posse quem uti, & actum servitutis Semper posse existere. *d. l. foramen.* Præterea cum lapides cædere in alieno fundo, sit actus discontinuus & servitus discontinua: tamen eam consuetudine acquiri definitum est, *l. venditor. 13. § si constat. com. præd.* atqui consuetudinem longo tempore etiam in servitutibus *l. 1. C. de servit.* induci, ab omnibus est traditum. *Bart. n. 14. Jas. num. 43. 81. &*

ald

ubi in l. de quibus. sup. de leg. per l. 1. & 2. C. quæ sit long. consuet. l. sed etsi 34. de legib. Quod si fateantur consuetudinem, quæ & ipsa actus habet discontinuos, nec cohæret personis longo tempore, maxime in servitute cædendorum lapidum discontinua, præscribi: cur idem in cæteris id genus servitutibus prædialibus negatur? Nam quod ajunt, consuetudinem in tacito Populi consensu fundari, eoque esse continuam: an non idem obtinet in servitutibus, d. l. venditor. §. si constat. quarum usus patientia & taciturnitate domini firmatur? l. 2. C. de servit. Quid verò ad jurisdictionis præscriptionem dicent, quam constat & fatentur ipsi longo tempore compleri l. unic. C. de divers. off. lib. 12. l. 1. C. de fund. limit. lib. 11. l. 3. C. de emancip. lib. c. cum contingat de for. com. c. 1. § irrefragabili, de off. ord. Dd. in l. 3. de jurisd. & tamen certum est, cohærere jurisdictionem territorio, l. 3. ubi Bald. num. 2. C. ubi & apud quem. & absque hoc per se non præscribi? Bald. in d. l. 3. numer. 13. per l. longe de divers. & temp. præscript. junct. l. 1. & l. quemadmodum C. de agric. & cens. lib. 11. ut illud effugium distinctionis inter servitutes Personales & Reales hic sufficere non possit: quanquam operæ pretium est videre, quale illud tandem sit distinctionis genus. Aiunt Bart. in d. l. justo. §. non mutat. de usucapio. Capoll. de ser. cap. 19. Cyn. in l. 2. q. 6. C. eo. servitutes personales, quamvis actus habeant discontinuos, tamen continuas esse: quia ab animo hominis continuo possidentur: id quod concedatur sane: l. 3. § saltus & § in amittenda l. si id quod §. fin. l. solam possidere §. 1. de acqui. possess. sed idem in realibus servitutibus verum esse, qui negari potest? Cum enim etiam in his actus præscribentis, & animus sit continuus, singularum actuum discontinuitas attendi non debet. Alex. consil. 16 in causa num. 13. vol. 5. per d. l. foramen. Nam si illa differentiæ ratio, quod personales personæ debeantur, eoque possideantur animo: reales prædio, eoque animo, cujus prædium particeps non sit, possideri nequeant: si inquam ea valeret ratio, jam sequeretur, nullam servitutem prædialem, ne quidem continuam, præscribi unquam posse: quia prædium nec bonam fidem, utpote quæ ab animo dependeat, habere potest: quam tamen in omni præscriptione, saltem longi temporis, qua servitutes continuas acquiri volunt, l. 2. C. eod. requiri apertissimum est: l. si fraude, 6. l. nec bona 10. C. de long. temp. præscript. l. unic. C. de usu cap. transform. l. 4. § de illo de usucap. l. 2. § si servus, pro empto l. 2. l. bona fidei §. in contractibus de acquir. rer. dom. nec possidere etiam verè potest: non animo, quia nullum habet: non corpore, quoniam alterius fundum occupare nequit: cum corpus ejus immobile ne loco quidem moveatur. Quid? quod cum ab altero, videlicet domino suo, prædium possideatur, certe illud prædium possidere aliquod jus non potest. l. possessio. 49. de acqui. poss. l. stipulatio 38 § in qui cum § seqq. ubi gl. & Dd. de verb. oblig. aut si possidere dicendum est, domino profecto possidet: l. peregrè de acqu. possess. & is per id quod suum est, possessionem acquirit, & possidere intelligitur: d. l. possessio. l. 1 § item acquirimus de acq. poss. atque ita animo continuo eandem possessionem retinere. l. 3. §. quod si servus de acqui. possess. l. placet 79. de acqu. hæred. etiamsi nec corpore nec actu continuo possideat: quemadmodum & ipsa prædiorum possessio animo continuo retinetur, licet dominus corpore absit, & interdum ipso facto possessionem non usurpet. l. licet. 4. C. de acquir. & retin. poss. Quid? quod in præscriptione servitutis, non considerantur servitutes per se, ut jus incorporale continuum vel discontinuum, alioqui 30 demum annis omnis servitus præscriberetur, velut reliqua jura incorporalia: l. hæreditates. C. de pet. hæred. l. 3. cum ll. seqq. C. de præscrip. 30. an. § si quis per 30 annos si de feud. defunct. sed ut pars seu accessio rei immobilis: quæ accessio velut ipsa res soli animo continuo possidetur, & proinde longo tempore usucapitur. l. 2. C. de servit. in verb. exemplo rerum immobilium l. ult. C. de præscr. long. tem. Illud vero permirum est, cur unico Pauli responso l. servitutes 14. de servit. tantopere nostri moveantur, ut in hac sententia tam pertinaciter persistant: cum in eodem responso paulo post: d. l. servitutes in fi. prin. in servitutibus prædiorum urbanorum, quæ tamen ipso etiam actu continuæ sint, idem observari, scilicet. Ut non præscribantur, traditum invenire liceat: & alibi expresse definitum sit, Servitutes indistincte longo tempore non capi: l. 4. §. si viam l. si aliena §. 1. de usucap. nisi cum per usum temporis immemorialis servitus pro constituta, & a domino concessa (ut præscriptionis quæstione opus non sit) habetur. l. 2. §. ductus aquæ de aqua quotid. & æstiv. Ut igitur rem in pauca pro instituto nostro conferam, sic statuo: ante Justinianum non potuisse servitutes usucapi & præscribi, nedum discontinuas, d. l. servitutes 14. sed ne quidem continuas: d. l. servitutes 14. vers. idem & in servitutib. prædiorum urbanorum observatur. l. si aliena 10 §. hoc jure de usucap. l. servus 43. § incorporales de acqu. re dom. non modo reales, sed nec etiam personales, ut usumfructum & similes: l. justo 44. § non mutat. ubi omnino de hac materia vide Cujac. item. Revard. ad l. Scribon. de usucap. idque propter legem Scriboniam, quæ ejusmodi usucapionem certis ex causis inhibuit: l. 4. § ult. de usucapio. primo favore libertatis, & odio servitutis.

Ut enim contra libertatem personarum, servitus nullo tempore præscribitur, l. ultim. 6. de long. temp. præscript. quæ pro liber. sed bene contra servitutem libertas: l. 1. & 2. C. eod. tit. argumento à personis ad res ducto, l. qui furere de stat. hom. l. si quis inquilinos 112. §. si ita legatum de lega. 1. l. si quis filio de injust. rupt. testament. visum fuit æquum, ut Prædiorum libertas præscribi posset, servitus non posset: d. l. 4. §. fin. ubi Cujac. ad verb. libertatem de usucap. quanquam hac in parte subtilis fuisse videtur apud veteres distinctio: hæc videlicet: ut servitutes rusticæ, velut discontinuæ, & quæ propterea non possidentur. d. l. servitutes. 14. in prin. de servitut. non utendo amitterentur, d. l. 4. §. si viam. eoque illarum libertas præscribi non posset: nec enim earum jurium libertas apud veteres usucapiebatur, quæ non utendo amittebantur. Paul. lib. Sentent. 1. cap. 17. de servit. In præscribenda enim libertate, facto opus est ejus, qui servit: ubi vero jus non utendo perditur, nullo ejusmodi facto opus est, sed sola cessatio sufficit ejus, cui servitus debita est vide Cujac. in l. 4 §. ult. ad verb. libertatem de usucap. Ex quo fiebat, cum non utendo servitutes discontinuæ perirent, puta ususfructus, vide sup. quib. mod. ususfructus amitta. & servitutes rusticorum prædiorum: ut in his præscriptio libertatis, velut supervacua non fuerit admissa: usucapio enim suo genere odiosa est: quare cum alia ratione provideri posset, ne incertæ manerent possessiones, puta cum per cessationem non utentis servitus amitteretur, usucapio non videbatur admittenda. Urbanæ vero servitutes, utpote perpetuo actu continuæ, sua natura non utendo evanescere non poterant, cum in perpetuo usu atque actu esse intelligantur: eoque harum libertas, quandoquidem aliud remedium non superesset, facto ejus, qui eam ex suo prædio deberet, præscribebatur, l. 5. & 6. de servit. urban. præd. l. si quis alio 18. §. ult. quemad. servit. amit. l. 4. § ult. de usucapio. Verbi gratia, si tignum semel alienis ædibus jure servitutis injunctum fuerit (nec enim pactionibus sed re ipsa constituitur servitutis jus reale) continua est servitus: eoque quamvis tignum eximatur, tamen illa durat, durante scilicet foramine in pariete alieno (nam in suo habere foramen, nihil ad servitutis jus proficit, l. foramen de servit. urban. præd.) & non utendo non extinguitur: ea de causa maxime, quod semel acquisita, & continuò possessa sit, ut tempus cessationis, jus illud quæsitum auferre nequeat, cum tempus non sit modus tollendæ ejusmodi continuæ servitutis l. 4. hoc tit. Quare hoc casu opus est præscriptione libertatis ex aliquo facto ejus qui servitutem debet: puta si foramen in suo factum obstruat, aut dominum, cui servitur, deinceps ea servitute uti vetet: isque in ejusmodi prohibitione facta per legitimum usucapionis tempus acquiescat: Ias. in l. quo minus, de fluminib. l. 2. ubi Dd. C. de servit. At quod olim sufficiebat biennium, quo res immobiles usucapiebantur: in prim. Instit. de usucap. hodie vero opus est decennio: quod a Justiniano, in reb. soli, & quæ his cohærent juribus, velut servitutibus, est introductum, l. pen. C. de servit. Justinianus enim, longo demum tempore usucapi res soli voluit: quarum exemplo & servitutes, velut jura his rebus inhærentia, semper eodemque tempore præscribuntur. l. 2. in verb. exemplo rerum immobilium, C. eod. Altera ratio legis esse potuit, quod servitutes non per se, sed tantum cum ipso prædio possideantur: d. l. servitutes 14. d. l. 4. §. si viam de quo Govean. lect. lib. 1. cap. 14. ex l. 1. de usufruct. lega. eoque per se nec possideri, neque in bonis esse intelliguntur, l. 1. de usufr. lega. cum autem sine possessione non procedat usucapio, l. sine 25. de usucap. non videbatur esse consentaneum, ut per se servitus usucapi posset. Tertia, quod jura incorporalia olim neque traditionem reciperent, nec usucapionem: l. servus 43 §. incorporales de acqui. rer. dom. unde & actiones, quæ legibus certis non erant conclusæ, perpetuo dabantur, in prin. Instit. de perp. & tem. actio. ubi dixi l. si mulier 21. §. 1. quod. met. caus. donec sacris constitutionibus ad 30. ann. sunt redactæ. l. 3. cum seq. C. de præ. crip. 30. ann. in prin. Instit. de perp. & temp. actio. Cum itaque servitutes quoque jura sint incorporalia. in princ. Instit. de reb. corpor. & incor. meritò juxta horum naturam atque regulam, d. l. servus. §. incorporales. usucapioni & illæ eximebantur. Quarta ratio maximè in servitutibus rusticorum prædiorum valebat: quod scilicet usus earum non esset continuus d. l. servitutes 14. h. t. l. cum usufruct. 13. de usu. & usufruct. lega. ut continuo possideri quadam juris subtilitate non viderentur: & proinde nec rectè usucapi possent, cum absque continua possessione, nulla usucapio compleatur, l. 2. l. nemo. 10. C. de præscriptio. long. temp. c. illud 3. de præscript. l. 3. in verb. per continuationem possessionis de usucap. Sed hanc solam rationem non satis fuisse idoneam, nec per se valere oportere, ex eo intelligi potest, quod (ut ante dictum est) non modo discontinuæ, sed etiam continuæ, maxime urbanæ servitutes lege Scribonia, deinde omnia & qualiacunque jura incorporalia, prohiberentur usucapi. Quanquam autem hæc legis Scriboniæ prohibitio, ætate veterum J. C. h. e. Severi & Alexandri Severi temporibus, quibus præcipui J. C. de quorum responsis Pandectæ confectæ sunt, floruerunt,

fuerunt, fuit usurpata: *l. si aliena. 10. §. 1 in verb. hoc jure uti mur, de usucap. d. l. servitutes 14 in verb idemque observatur. h. s.* nihilominus tamen sciendum est, tempore immemoriali potuisse etiam tum jura incorporalia, & in his servitutes acquiri *l. 3 § ductus 4. de aqu. quot. l. 3. de loc. & itin. pub.* non jure præscriptionis, sed jure constituti: *l. 2. § ductus aquæ, de aq quot. & æsti.* quod ex usu tanti temporis præsumatur, initio servitutem pactione, & domini fundi servientis voluntate fuisse constitutam. Vetustas enim vicem legis constitutæ conventæque, quam quisque rei suæ dicere potest. *l ob res 20. de pact dot.* obtinet: *l. 1 §. fin. de aq. pluv. arcen.* & cum ignoretur principium ejus usus, qui tam longissimo tempore duraverit, *l. si arbiter de probat. d. l. 3. de loc. & itiner pub.* meritò præsumitur a bono principio atque titulo, h. e. concessu & voluntate domini, constituta pactionibus servitute, inductus esse: cui præsumptioni jure statur, cum probari contrarium in re immemoriali non possit. Deinde & illud tenendum est, quibus in rebus jure veteri non currebat usucapio, ut stipendiariis, tributariis &c. in iis possessoris nihilominus possessionem longo tempore continuatam, solere præscriptionibus sive exceptionibus, *l 45. in prin. in verb. præscriptio longæ possessionis, item occupanti datam exceptionem, de usucap l. emptor 9. C. de long. temp præscript. vide quæ dixi Inst de usucap.* ac etiam utilibus actionibus datis defendi, *l. 3. & tot. tit. de divers. temp. præscrip. l. 2. C. de præscript. long tempo.* atque ita longo tempore servitutes utiliter quæri. *l. 2. 3. C. eod. l. si quis. 10. si ser. vin.* ex quo factum est, ut etiam apud veteres possessio, vel potius usus & consuetudo, *l. servitutes 19. in verb. habendi consuetudine de ser urb prad. l 1. in verb. longi temporis consuetudinem C. de servit.* vel quasi possessio *l. si quis 10. in princ. si servitus vendice.* servitutis, longo tempore, hoc est, decem annis inter præsentes, 20. inter absentes, *Paul lib. 5. sentent. tit. 2 l. 2. C. de servitut. Cujac ad leg. 4 § ultimo de usucap* usurpata, quamvis non usucaperetur, tamen propter diuturnam possessionem defenderetur: *d. l. servitutes 19. d. l. si quis. 10. l. 1. §. ultim. de aqua pluv. arcen. d l venditor. §. si constat.* ita ut vicem servitutis effectu, ea possessionis vel quasi consuetudo obtineret: *l. 1. C. de servit.* adeo ut & Utilis actiones hoc nomine & Publiciana. *l. cum sponsus 14 § in vectigalibus de Public. in rem actionibus.* possidenti darentur: *d. §. l. si quis 10* dum tamen non Vi, nec Clam, neque Precario ab alio usus esset *d l. si quis 10.* (quibus tribus modis mala fide possidetur, *l Pomp 1. § 1. de acquir. poss*) & continuata esset per longum tempus possessio. Quod adeo verum erat, ut licet vectigalia prædia & tributaria non usucapiantur, quod pleno Quiritium jure non possiderentur, præscriptione tamen ista defendatur eorum possessio. *l. si fundus 13. 4. si de vectigalibus, de d inm infect l. cum sponsus 13 § in vectigalib de Public in rem action. Cujac in d l. 4. §. ult. aux Inst. de usucap.* Ac quamvis alias præscriptio longæ possessionis, ad obtinenda loca publica (quia hæc non modo usucapi, sed ne possideri quidem privatim possunt) concedi non soleat. *l. 45. in princ. de usu.* tamen in his aliquod jus (quod in dominio privato possessioneque esse potest) occupanti, detur exceptio illa, Quamdiu scilicet occupatum id tenet. *d l. 45. in verb. occupanti datam exceptio* ut si quis in littore habeat quid ædificatum, aut pluribus annis in diverticulo fluminis publici, quod privato acquiri potest, *l. 1. & tot. tit de fluminibus* sit piscatus: utitur enim exceptione, quamdiu occupat. sed ædificio diruto, aut postquam piscari desiit, alterum eodem jure uti prohibere nequit, *d. l. ultr.* non enim ex sola facultate & usu piscationis, inducitur possessio alios excludens, cum res sit meræ facultatis, ut uno desinente piscari (qui in sua occupatione, quamdiu piscatio scilicet durat, non est impediendus; cum hic locum habeat regula: Qui prior est tempore, potior sit jure, *l. 5. C. qui pot. in pign.*) alter quo minus ibidem piscetur, prohiberi non possit: nisi prohibendi jus, & possessionem pluribus annis, hoc est, longo tempore prior possessor & piscator continuerit. Atque ita Martiani responsum *l. si quisquam 7. de divers. temp præscript.* accipiendum videtur: quod etsi non faciat mentionem ejusmodi factæ prohibitionis, tamen eam præsupponi non est per absurdum: cum, quia prohibendi jus concedit, quod in actu meræ facultatis, & in loco publico admitti nequit, nisi ejusmodi prohibitionis jus per longum tempus sit continuatum, ac (ut ita dicam) justificatum: tum etiam, quia positum est illud responsum in tit. *de divers. & tempor præscript.* ubi de præscriptione, quæ datur expositione vel quasi longi temporis, quæ absque ejusmodi prohibitione non acquiritur, *Ias in l. quo minus de flumin Bal & Dd. in l 5. C. de servit.* agi certum est. *l. 3. & t. tit. de divers. temp. præscript.* ut juxta Rubricam, & subjectam materiam accipi id responsum, seu (ut nostri loquuntur) intelligi Nigrum juxta Rubrum, non sit, a recta interpretandi ratione alienum: quanquam fortasse negativa lectio verior est: ALTERUM EODEM JURE UTI NON PROHIBET: *ita legit Gribal. Mopha.* quæ quidem omnem difficultatem tollit: si tamen affirmative legas, eo quo diximus modo, cum Papiniani responso. *l. præscr. 45. de usuc.* *vide quæ dixi in §. flumina Inst. de rer. divisio.* conciliari recte potest: scilicet ut quamvis inhibeatur publicorum locorum usucapio, eoque nec longæ possessionis præscriptio ad obtinenda loca juris gentium publica concedi soleat: *d. l. præscript.* qui tamen pluribus annis possederit certum aliquod fluminis diverticulum, prohibere queat, quamdiu piscatur, & occupatum diverticulum tenet: *d. l si quisquam d. leg præscript. 45. in verb occupa ti datam exception.* non verò prohibere postquam occupare desiit, & rem reduxit, exercitiumque piscationis intermisit: nisi & in hujus juris quasi possessione, per prohibitionem longo tempore factam, *vid. Bald & Dd in l. 2. C. de servit. Iason in l. quo minus de fluminibus*, sit constitutus. Sed ut ad servitutum possessionem revertamur, de hac agi quoque videtur in responso Antonini *l. 5. C. de servitut* (nisi tamen a Justiniano interpolatum est) cum in eo rescribitur, Tempore quæri servitutem, exemplo rerum immobilium: scilicet earum, in quibus idem olim quod in servitutibus obtinebat, cujusmodi erant olim omnes fundi provinciales, qui Italico jure non censerentur: in his enim non obtinebant jura usucapionum: *in princ. Inst de usucap.* eoque fiebat, ut longa harum rerum possessio, exceptionibus & utilibus actionibus defenderetur: *d. l. 3. de divers. temp præscriptio l. 2. C. de long. tempor. præscriptio.* cujus rei exemplo quæri servitutum quoque jus possessorium longa possessione, videtur innuere Antoninus. Non enim de jure proprietatis & dominii ea Constitutio accipi potest, sive de possessionibus Italici soli, sive de Provincialibus interpretari velis, cum constet, ante Justinianum in usucapienda rerum immobilium proprietate, non longo tempore, de quo ibi agitur, sed tantum biennio opus fuisse in agris Italicis. *in princ. Inst de usuc.* in reliquis vero, nullo tempore s *Ulpianus titul. 1. vide quæ dix. Institution de usucap. in prin.* dominium usucapiendo, sed tuitione Prætoris *l 1. quibus mod. usufruct.* tantum quasi dominium ope Exceptionis quæri potuisse, *in princip Instit. de usucap Theophil §. per Instit. de rer. divis.* Nec vero obstat declarationi jam factæ, quod alibi usu 30. dierum servitutis possessio etiam in discontinuis quæri videatur. *l 1. & toto titulo de itin. actuque privat.* Nam in eo interdicto non agitur de jure possessionis, ad quod acquirendum longo tempore opus est: *l. 5. C. de præscriptio. long tempo lege 2. C. de se vit* ut ibidem Ulpianus ostendit: *l apparet 3. vers de itin. actuque pr.* sed de simplici usu itineris & viæ rusticæ, quam ob commoditatem transvehendarum frugum atque fructuum non impediri ei qui triginta diebus usus esset, visum fuit utilius, donec scilicet de jure possessionis plenius foret cognitum. nam de proprietate (id quod falso à nostris traditur) quæri illo jure, hac in specie non potuit: cum servitutes, præsertim discontinuæ, puta Iter, Via, &c. etiam juxta Dd. sententiam, nullo tempore (prout jam dictum est) olim præscriberentur. Itaque quia illud jus propter commoditatem viatorum, singulari ratione fuit inductum: ideo nec ad aquæductus pertinet: *l. 1. § quod autem de aqu. quot. gloss. in l. 1. princip. verb. rusticæ de itin. actuque privat.* neque ad servitutes urbanas: *d. l 1. § 1. de itine. actuque privat.* & consequenter nec ad jura possessionum est extendendum, *d. l. apparet. 3. §. penultim.* Hæc igitur ita jure veteri obtinuerunt: nec putandum est parum inter usucapionem & hanc longi temporis præscriptionem interfuisse. Illa enim juris est, hæc facti, *Cujacius in l. 2 §. ultim. pro empto.* Illa ex lege 12. hæc contra subtilitatem juris ex æquitate jurisdictionis Prætoriæ: *lege 1. quib modis usufruct.* ideoque illa dominium adjicit. *l. 3. d. usucap. l traditionibus. C. de pact.* quod lex dare potest: *dixi § 2. Inst. de bonor. poss* hæc non dominium, sed exceptionem suppeditat: *tot. titul. C. de long. temp. præscript. & Dd divers. temp. præscr. Cont. lib. disput. 1. cap. 12.* quia Prætor dominos non facit. *§. 2. Institut. de bon. possess* nec dominia adjicit, *l. qui usumfructum si ususfruct. peta.* sed possessiones solum tuetur. *d. §. 5. Institut. de bon. possess & passim. D. eodem.* Illam nec mala fides: *l. bona fidei 48 de acquir. rerum dom. vide in tit de usucapion.* & ideo neque litis contestatio interpellat: *l. si post. de rei vend. l 2. pro donat. l. Julianus § quantum ad exhibend* hanc & mala fides *l pen. ult. C de præscriptio long. tempo. l penul. C. de præscrip. 30. annor.* & litis contestatio *Cujac in d. l. 2.* interrumpit. Usucapio tantum sequuta condemnatione rumpitur & ideo lite omissa procedit: *d. l. si post l. sicut §. sed si quæratur si ser. vendice Theop. Institut. de divisio stipulat.* Præscriptio longi temporis semel per litem interrupta, etiam hac omissa non procedit. *Cujac. in d. l. 2.* Sed Justinianus ut omnes istas controversias & subtilitatum nodos, Gordio nodo longe intricatiores, uno gladio atque ictu discinderet & auferret e medio, totum hoc jus usucapionum mutavit, sive (ut ipse loquitur) transformavit, constituitque, ut & res soli provincialis decem vel viginti annis, ad instar rerum Italici soli *tot. titul. C. de usucapion transforma*, & eadem ratione servitutes indifferenter omnes longo tempore, hoc est, decem annis inter præsentes 20. inter absentes usucaperentur, peræque atque res ipsæ Immobiles, *l ult C. de long. temp. præscript.*

eodem

eodemque tempore volui, non utendo omnes indifferenter amitti. *l. penult. C. de servit. l. corruptionem 16. C. de usufruct.* Nam valde falluntur, qui Justinianeam constitutionem, *d. l. ult.* tantum de servitutibus personalibus & realibus, quæ continuæ sint, intelligunt, cum expresse in ea mentio fiat usufructus: quæ servitus causam habet discontinuam, & quamvis personalis sit, tamen non aliter animo possidetur, quam quælibet servitus realis, vel jurisdictio, consuetudo, jus venandi, & similia juris territorii cohærentia: quæ tamen præscribuntur longo tempore, ut ante est expositum. Jam vero non habet rationem ullam, cum Justinianus omnia jura incorporalia, *l. omnes 4. & tot. titul. C. de præscript. 30. annor.* etiam fiscalia, *d. l. omnes 4.* certis temporum metis, nempe 30. & 40. annis indistincte, sive continui essent actus, sive discontinui, *unde l. cum notissimi 7. d. l. omnes C. de præscript. 30. ann. l. plures 18. C. de fid. instrumentis l. fin. C. de fund. patrimon.* incluserit, dicere solas servitutes discontinuas exemtas à regula esse, nec ullo præscriptionis tempore, nisi immemoriali (quod genus præscriptio non est, sed potius privilegium, & præsumpta concessio, *d. c. super §. præterea verb. signif. l. 3. §. ductus aquæ de aqu. quot. & æstiv.*) acquiri: maxime cum nulla dari possit differentiæ ratio, quare propter dominiorum ac possessionum incertitudinem non peræque in his atque aliis juribus, usucapionum jura debeant obtinere. Concludo igitur totum hoc jus & discrimen præscribendarum servitutum vetus (ut & alia usucapionum jura, *tot. titul. C. de usucap. transform.*) à Justiniano transformatum, correctumque ad eum quem dixi modum esse: reliquias tamen illius veteris juris atque discriminis in Pandectas fuisse relatas: seu quod ea juris mutatio, compositis jam Digestis, hac parte saltem permanens, *d. l. unic. C. de usuc. transf. quæ data est post consulatum Lampadii, quo tempore Digesta jam componebantur, & tantum non erant absoluta,* facta sit: seu errore aliquo atque incuria ut alia multa: seu, quod absque hujus aliqua cognitione, reliqua jura servitutum & usucapionum, de libris I. C. conquisita & collecta, satis commode intelligi non posse viderentur. Et hæc quidem de constitutione præscriptioneque servitutis, quasi de causa Effectrice, dicta sufficiant: nunc ad reliquas servitutum causas progrediamur.

6 *Quibus in rebus Materia.* Materia, sive subjectum in quo existunt servitutes, sunt Prædia & ea quidem (ut diximus) Aliena: quorum vel in Solo consistunt, ut servitutes rusticorum prædiorum; vel in Superficie, id est, in eo quod solo sustinetur, puta ædibus, &c. ut pleraque sunt urbanorum prædiorum, *l. 3. hoc tit.* item aut in Toto fundo, aut Qualibet ejus parte. *l. ad certam 6. hoc titul. Capoll. de serv. urb. 10. gloss. & D. in l. pro parte. 11. h. t.*

7 *Quæ sit forma constituendæ servitutis.* Quod ad Formam constituendæ servitutis attinet, sciendum est differre promissionem servitutis à Constitutione. Promissio personam tantum obligat. Constituitur verò servitus non aliter quam patientia domini qui fundum servientem possidet, & usu ejus cui servitus est constituta: *l. si h. t.* puta si stipulatorem in suum prædium servitutis promissor inducat, & patiatur eum servitute uti, *l. 1. in fin. inf. de serv. præd. l. penult. h. t.* Patientia enim pro traditione habetur in rebus incorporalibus, *l. 3. §. dare sup. de usufr.* quæ aliam veram traditionem non recipiunt, *l. servus 43. §. incorporales 1. de acquir. rer. dom.*

8 *Quare obstante non diem nec conditionem recipiat.* Hinc existimari potest, quamobrem Papinianus *l. 4. h. t.* dixerit, Servitutes ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, Quamdiu volam, posse constitui. Loquitur enim diserte de constitutione servitutis, non vero de promissione: quæ cur diem aut conditionem non possit recipere nil video, *l. extissimo 98. de verb. obl. vide Conna. l. 4. Comment. cap. 3. Grveam. Lect. l. 1. c. 9.* Nec enim jus in re, sed ad rem tantum inducit, & obligationem mere Personalem, quæ est illius naturæ, ut conditionem & diem recipiat *Cap. de ser. urb. ca. 22. per l. 4. §. 1. hoc tit. l. si quis 29. de ser. urb. præd.* Ubi vero quis constituit servitutem, factum ipsum patientiæ præsentaneum ut sit, opus est, quo prædio servitus imponatur: quæ ita imposita, non potest amplius ipso jure pactionibus hominum alterari, neque diem aut conditionem recipit. Habet enim natura sua causam continuam & perpetuam. Deinde hæc jura nihil aliud sunt quam prædiorum qualitates *l. quid aliud de verb. sign.* seu conditiones, *l. una 23. §. si fundus serviens de ser. rust. prædio.* Quanquam autem personis servitium, ut ususfructus, ad diem vel ex die deberi possit: *l. 4. sup. de usufr.* tamen reb. & prædiis qualitas sub conditione vel ex die non imponitur: quia non aliter nisi ex usu & conditione ac possessione præsenti: quæ ubi semel competere cœpit, postea ipso jure per pactum diei vel temporis, quod extra rem est, tolli nequit. Sed tamen quod æquum est conditiones servari, *l. 1. sup. de pact.* ideirco si hæc adjiciantur, per pacti vel doli exceptionem, ex æquitate juris Prætorii adversus juris civilis subtilitatem occurritur, contra placitum servitutem vendicanti. Modum quoque adjici posse servitutibus constat: veluti quo genere vehiculi agatur, vel ut equo duntaxat: vel ut certum pondus vehatur: aut statis anni temporibus, certisve diebus utatur, *l. 4. §. fin. cum l. seq. h. t.* Nec enim modus facit, quo minus servitus sit simplex, continua & perpetua, sed usum tantum servitutis definit, ac certis legibus moderatur: quod minime contra naturam est servitutis.

9 *Regulæ de fine, natura & proprietate servitutis.* Ad finem Effectum, Vim & Naturam servitutum pernoscendam, utile fuerit has regulas tenere. I Servitutum non ea natura est, ut faciat aliquid quis: veluti ut viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut ut in suo pingat, vel (ut alii legunt) pangat: *l. quoties 15. §. fin. h. t.* hoc enim fieri ab altero, nostri prædii nihil interest: sed ut patiatur, aut non faciat aliquid, idque principaliter. Nam in consequentiam aliquando quid facere cogitur vel natura servitutis, vel pacto contrahentium id postulante, *l. etsi forte 6. §. etiam 2. l. fecundi 8. §. distan. 2. infr. si servit. vindicetur,* cum id prædio utile esse potest. Servitutes enim aut prædiorum sunt, aut hominum, *d. l. quoties 15. h. t.* hoc est, pertinent ad usum aut hominis, aut prædii Quæ homini serviunt, Personales: *l. plenum 10. d. usu & hab.* quæ rei, Reales judicantur, *l. 2. 3. 4. cum seq. de serv. rust. præd.* nec ultra constitui possunt quam prædio opus sit: *l. longe 3. in fi. de serv. rust. præd. Cuia. lib. 3. ca. 28.* quæ neutri serviunt, servitutes non sunt, quia non serviunt, & usum commoditatemque alteri præstant: *d. l. quoties 15. h. t. Goveam Lect. lib. 1. cap. 15* verbi gratia, ne eas per fundum tuum, neve ibi consistas, *d. l. quoties 15. h. t. & dixi supra in definit.* II. Servitutes natura sua perpetuæ sunt, & continuam habent causam, *l. foramen 28. inf. de servit. urban. prædior.* quamvis continuam possessionem non semper habeant *l. 4. in prin. h. t.* III. Hoc quoq; servitutis proprium est, quod divisionem non recipiat. Unde pro parte neque legari, nec adimi vel potest, ne pro parte domino acquiratur, *l. pro parte 11. h. t.* Ut si fundum cum aliquo communem habeam: non possum ille solus, quærere vel imponere servitutem. Nam neque mihi soli pro parte, nec toti fundo quicquam adipiscor: quia socio quæterem contra regulam, quæ traditur, Neminem alterius fundo servitutem acquirere posse: *d. l. pro parte l. si unus ex sociis 19. infr. de serv. rust. prædior.* neque imponendi servitutem communi fundo, jus est invito socio, quia conditionem ejus faceret deteriorem: *l. 2. h. tit. l. per fundum 11. l. unus 34. infr. de serv. rust. prædior.* id quod non licet. *l. non debet 75. de reg. jur. §. 1. vel legis jam Inst. de rer. divis.* & in re communi melior est conditio prohibentis, *l. in unus 11. si ser. vindic. l. si quis 6. comm. divid.* IV. Servitus in toto fundo tota est, *l. si cui 9. h. t.* & tota in qualibet ejus parte, *l. ad certam 6. h. t.* Hinc quod dicitur, Pro parte servitutem retineri, *l. ut pomum 5. fin. h. tit.* non eam habet significationem, quasi pars servitutis, quæ est indivisibilis, retineri possit: sed quod in parte fundi tota servitus retineatur. V. Natura servitutum est, ut per se possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere is, qui prædium possidet. *l. si ædes meas 32. §. fin. inf. tit. 1.* Et hæc quidem in genere de servitutibus dicta sufficiant. Nam quæ ad species earum pertinent, hæc sequentibus titul. explicabuntur.

OBSERVATA.

Servitus realis quid. N. II. *Porro)* Concinnius definiri potest, *jus in prædio alieno habendi vel faciendi aliquid constitutum, ad sui prædii utilitatem.* Quod verum respectu ejus qui habet *prædium dominans*: alter enim cui est *prædium serviens*, tenetur in suo *non facere* aut *pati*, *l. 11. §. f. h. t.* Ut

Duo requirit prædia. enim personalis servitus personæ adhæret & debetur, ita realis prædiis, ut hac ratione alter alteri ex suis prædiis commodet. Utrinque ergo hic prædium requiritur, nec servitus realis sine prædiis constitui potest, *cit. l. 15. h. t. l. 1. §. 1. comm. præd.* Neque officit *l. 23. §. 1. de S. V. P.* & *l. 10. d. S. R. P.* quia quamvis non constitui, tamen promitti potest servitus sub tacita conditione prædio ædificando, *d. l. 23. & d. l. 10.* (ex ratione *l. pen. de test. tut. ubi Accurs.* & pendere interim intelligitur, *l. 7. §. 1. comm. præd. l. 29. de S. V. P.*) reponendo, *l. 20. §. 2. eod. l. 17. §. 10. de act. empt.* vel acquirendo, *l. 46. §. 1. de evict. l. 25. §. 10. fam. ercisc.* Add. *l. 13. §. 1. de S. P. R. junct. l. 9. h. t.* Bachov *Ad Tr. h. th. 6.*

Tres qualitates prædiorum. 1. Utilitas. N. III. *Ad prædii utilitatem)* Qualitates hic prædiorum inprimis *tres requiruntur*, (1) ut unum ex altero *utilitatem* habeat: (2) sint *vicinia*: (3) causa servitutis in iis *continua sit seu perpetua.* Hinc recte statuit

statuit A. *servitutem quæ prædio non sit utilis, esse non posse, per l.15.h.t.* & rationes subjectas. Distinguendum tamen ulterius, inter utilitatem quam habet servitus naturâ & potentiâ, & quam actu. Nam & illa sufficit, *arg.l.55.de usufr.* eoque pertinet *l.10.h.t.* Vicinitas quidem prædiorum requiritur ex claris textib. *l.7. §.1.comm.pr.l.38.* & *39.de S.P.V.* Verùm ea non æstimanda præcisè ex *prædiorum contiguitate*, ut facere videtur Autor h. Nec quadrant ll. huc cumulatæ. Nam *l.14.§.2.de alim.leg.* est de servitute personali: reliquæ verò ex aliis, præsertim ex *l.1.pr.de S.V.P.l.4.§.f.si serv. vindic.l.14.§.f.h.t.* sunt explicandæ. Et vicinum in hypothesi ex conditione & utilitate servitutum, ut aquæ haustus, prospectus, altius tollendi vel non, dicitur, in quibus locus intermedius servitutis usum non est impediturus, & quia illæ aliquando à prædiis remotioribus possunt deberi, per *d.l.1.pr. de S.V.P. l.38.eod.d.l.14.§.f.h.l.7.§.1.comm.præd.junct.l.7. l.ult. de S.P.R.l.17.§.2.de acq.pluv.arc.l.5.l.6.si serv.vind.* Aliquando contiguitas requiritur, in quibus usus servitutis aliàs impeditur, ut in serv. aquæ ductus, projectus, tigni immittendi, stillicidii, fluminis, &c. *d.l.14.§.f.h.t.* & *l.7.§.1.comm.præd.* Add. Bachov. *h.in not.* Dn. Frantzk. *comm.h.n.29.* & *seqq.* Cæterum exemplum ex *l.8.h.* juris *pomum decerpendi, spaciandi vel cœnandi in alieno*, pertinet ad requisitum primum prædii de utilitate: nam servitus realis non constituitur ad voluptatem, sed, ut dictum, ad alterius prædii usum & commoditatem, sive urbanam sive rusticanam. Illud non esse *servitutem realem nec personalem, sed simplex jus personale* i. tantùm facultatem aut præstationem personalem, censet Gl. *in d.l.8.* Alii servitutem *realem* arbitrantur. Rectissimè Author dicit non realem esse, *sed personalem*; Competit enim ipsi *definitio servitutis personalis*, & *usufructui vel usui est assimilis*, vel saltim personalis innominata, *arg.l.24.quib.mod.usufr.am.* His consequens est, ut rectè concludit noster Bach. *in not.* quod ex dicto jure oriatur actio confessoria realis, non verò, ut Gl. putat, actio tantùm personalis.

a. Vicinitas.

Exemplũ juris pomi decerpendi ex l.8.h.t.

N. IV. *Quas omnes esse continuas*) Continua servitus propriè est quæ *causam perpetuam habet ut possit quis ea uti semper*, licet non actu semper sit usus, textu expresso, *l.28.h.t.* Verum A. hîc non leges sed Dd. secutus, aliter continuum accipit, dicens: Servitutes *personales omnes esse continuas, reales partim continuas partim discontinuas.* Hoc sensu Continua in genere dicitur, *quæ continuo est in usu s. exercitio.* Discontinua quæ semper *non est in usu.* Ulterius autem continuæ dicuntur Ddbus quædam *simpliciter*, *quod perpetuam s. continuam causam simpliciter habeant*, h.e. semper sint in usu & actualiter & potentialiter, ut servitus aquæ ductus, altius non tollendi, &c. Quædam *non simpliciter, quod quasi perpetuam causam habere dicantur, quæ sc. continuo potentialiter sed non actualiter sint in usu*, ut est servitus stillicidii, ductus aquæ ex cœlo cadentis, *l.28. de S.V.P.* Ratio assignatur in prioribus, quod *in illis non semper requiratur factum hominis ad usum servitutis, licet initio: in posterioribus, quod licet semper non exerceantur, tamen apta sint semper exerceri sine facto hominis*. Denique Discontinuæ dicuntur Ddbus *quæ non semper sunt in usu, neque potentialiter, neque actualiter, & ad sui exercitium semper requirunt interpositionem s. factum hominis, quod non potest esse perpetuum*, ut iter, via. &c. vide Cœpoll. *de servitut.c.19.* & novissimè Dn. Manzium *tr.de serv.urb.* & *rust.præd.l.1. quæst.5. num.24.* & *25.* De veritate hujus distinctionis videbimus infra *num.5.* Idem Cœpolla *d.cap.9.* servitutes nominatas vocat *quæ nomen juris habent*, ut sunt iter, actus, via; reliquas dicit innominatas, quod sint *nomina actus seu rei, non nomina propriè s. juris*, ut aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus &c. Sed quam lubrica hæc sit distinctio facilè apparet. Rectiùs alia dividua dicitur alia individua *l.1.§.9.ad L. Falcid.* Dividuus est solus ususfructus, cæteræ sunt individuæ; quia hæ tantum consistunt in commodo necessitatis, at ususfructus habet utilitatem quæ ex fructibus percipitur, facilè dividuam: & reliquis servitutibus semper integris utimur, usufructu verò etiam pro parte, imò nunquam simul utimur totó, Bachov. *ad Tr.de usufr.th.3. G.* & *H.* Addi quoque meretur quod servitutes aliæ sint Affirmativæ, ubi vicinus cogitur aliquid pati & sustinere, ut ire, agere immittere lignum in vicini parietem. Aliæ Negativæ, quibus vicinus cogitur aliquid omittere contra naturalem libertatem ædium suarum, ut servitus altius non tollendi, ne luminibus vel prospectui officiatur, Schneidevvin. *h.t.n.6.*

3. Continuitas s. perpetuitas. Quomodo cont. vel disc. dicatur servitut sec. Dd.

Servitus nom. & innom.

Dividua & individua.

Affirmat. & Negativa.

N. V. *Constitui*) Quamvis promissio & constitutio in servitute personali distinctæ sint; non *sua natura* tantùm, sed *tempore atque actu*, ut notavimus supra ad *tit.de usufr.n.9.* hîc tamen in servitutis realis concessione & translatione posteriori modo concurrunt. Conceditur servitus vel *facto judicis*, vel *privati*. Illo modo in judiciis divisoriis, *l.22.§.3.fam.ercisc.* Hoc modo voluntate concedentis, per *promissionem. constitutionem* & *acquisitionem*. Hæc enim tria facta sive actus & hîc, *in se* & *sua natura* distincti sunt. Promittitur vel inter vivos, *pactionibus* (generaliter acceptis) & *stipulationibus*, vel ultimâ voluntate, *l.16. comm.præd.l.5.h.t.de servit.leg.* Utrumque vel purè fit vel non purè; & hoc modo quidem si futuro ædificio promittatur, si aquam quærere licere & inventam ducere, si via ad fundum qui non est promittentis; ex tempore ad tempus, sub conditione, *arg. l.4.h.l.23.§.1.de S.V.P. l.10.l.33.§.1.de S.R.P.l.98.de V.O.l.25.§.11.fam.ercisc.l.3.§.2.* Constituitur verò eadem servitus per *patientiam*, quæ hîc est loco traditionis, *l.11.§.1.de publ.in rem act.l.ult.h.t.* & quod huic æquipollet. Unde eleganter dicitur, hîc possessionis vacuam traditionem nullam esse, sed sufficere si *caveatur* per te fieri non debere quo minus utar, in *l.3.§.2.de act.emt.* quod servitutum natura in eo consistat, ut quis patiatur vel non faciat, *l.15.h.t.* Quæ cautio tamen præcisè necessaria non est, *l.ult.h.* cum promissio tacitè comprehendat patientiam utendi à parte prædii servientis, & usum à parte dominantis, *d.l.ult.* concedens enim, quantum in ipso esse potest, solâ promissione constituit, ideoque perfecta est ipsius respectu constitutio: usus saltim actus est à parte prædii dominantis accedens. Constitutio autem à constituente æstimatur, ejusque animo & facto, non ex eo cui constituitur: si autem hujus usus præter patientiam quoque accedat, tunc constitutio undique est perfecta, & nihilominus rectè dicitur servitutem solâ patientiâ constitui, quæ est loco traditionis. Aliud est in illis quibus promissio & constitutio tempore & actu non concurrunt. Hinc emtor ex eo quod venditor mercem tradere potest, non statim ejus Dominium nanciscitur, sed demum per traditionem *l.20. de C.pact.* quia in empt.vend. promissio & constitutio dominii non tantùm tempore sed & actu diversa sunt, *d.l.* Atque ita accipiendum est quod dicitur usum pro traditione esse, *l.fin.eod.* & placitum h.e. promissionem sequi, *arg.l.3.C.h.t.* Quin & patientia domini, atque usus alterius hactenus ex respectu alioquin transferendæ traditionis, huic æquipollent; quod posito alterutro saltim & servitus ponatur, *d.l.f.h. arg. l.2. C.h.arg.l.19.si serv.vind.* Et patientia aliàs *cessio* vocatur,

Servitus real conceditur.

Vel facto judicis.

Vel facto privati.
(1) Per promissionẽ. Purè vel non purè.
(2) Per constitutionẽ patientiâ aut æquipollenti ut sunt cautio, usus, cessio, inductio in prædiũ

curr. *l.20.§.1.l.9.de S.P.V.l.11.de S.P.R.l.3.§.2.3.l.f. comm.prad.* Quæ ipsa tamen *nec solemnis est*, sed nihil aliud quàm concessio servitutis, *nec præcisè* necessaria; cum usus ipse & patientia sint ejus loco, *l.f.h.t.* Neque dubium, quin constitui possit hæc servitus etiam per in prædium *inductionem*, *arg.l.1.§.1.verb.traditio.de S.P.R.* Quæ vero itidem ob prædictam rationem minùs sunt necessaria, *d.l.f.* Hinc sequitur, quod summopere notandum, si promissio *purè sit facta, eam cum constitutione concurrere*, *tempore & actu*, quia promittens servitutem, eo ipso patitur aliquid fieri, aut non facit; ideoque eo ipso servitutem constituit; *l.f.h.t.l.3.§.2. de act.empt.* Ratio diversa à servitute personali est, quod hæc non constituatur nisi *positivè*, v.c. in usufructu sequitur factum sive datio proprietarii, *l.3.de usufr.* at realis servitus constituitur sui naturâ *negativè*; quia nihil quàm patientiam desiderat, *d.l.19.h.* quæ non potest non esse in promittente. Positâ itaque promissione, ponitur & servitus realis, sive perficitur actu primo, h.e. jus servitutis jam constitutum est, licet non semper actu secundo & quo ad exercitium servitutis. Et liberum est ei cui promissa servitus an insuper induci velit in prædium, an cautionem exigere, vel cessionem. Unde porro consequitur, ex promissa purè servitute (unde quâ tali regulariter i. jure ordinario jus ad rem & actio personalis, *l.pen.C.de usufr.l.3.de O.& A.l.20.C.de pact.l.2.§.1.2.de V.O.*) hîc (in hypothesi & concreto) propter concursum promissionis cum constitutione, ex natura rei (servitutum quæ in patiendo aut non faciendo consistunt, *l.15.h.*) adeoque subjectæ materiæ & circumstantiarum, oriri jus in re atque actionem confessoriam realem: & si ulu sive actu secundo jam exerceatur, interdicta possessoria text. diserto *in l. ult. h. t.* Nulla enim hîc est traditio juris, *d.l.* ut est in serv. personali *de 3. de us.* Et similem concursum promissionis & constitutionis etiam in aliis cernere licet, *præsertim in mutuo & contractu innominato facio ut des, seu permutatione, ubi promittendo contrahitur, & simul datio intercedit quâ dominium transfertur.* §.1.*quibus mod. re contr. oblig.l.1.§.1. de pact.* Atque revera vult Hillig. *Don.encl.11.comm.10.* c. inquiens, *non placere quod Vult.ad §.f.1.h. distinguat constitutionem, (promissionem) quæ fit conventionibus vel ultima voluntate, ab acquisitione s. translatione, quæ per q. traditionem vel patientiam domini. Nam quando constituta est servitus, utique jam existit; nec igitur fingi potest non acquisita.* Idem continet explicatio Bachov. *Inst.h.§ 3.* rectè contendentis, *servitutem realem constitutam censeri solâ promissione, & si contra placita faciat promissor, nullâ opus esse actione personali, sed rectâ competere vindicationem. Idque apparet ex l.4.h.t. ubi Cius ait, ex æquitate competere exceptionem, si alter contra placita (adjecto videlicet die vel conditione) vindicet servitutem: ut sc. ostendat, protinus promissa servitute, jus mihi esse ea uti, & statim locum esse actioni in rem. Rectè itaque ait hîc Imp. Justinianus pactionibus, & stipulationibus constitui servitutem.* Quamvis in hæresi ponat ejuldem sententiam Dn. Vinn. *ibid.* quâ nihil audierit unquam à ratione & auctoritate juris alienius. Verùm vel is cui promissio facta, *cæpit uti servitute*, vel *non cæpit*. Priori casu si promittens patitur aut non facit in suo, absurda est actio; sin minùs absque omni dubio reali locus est, quâ confitetur servitutem suam esse, *l.2.pr.& §.1.si serv.vindic.* Posteriori casu eadem propterea competit; quod, licet usus actu non intercesserit & possessio ipsa, tamen jus servitutis jam statim competere cœperit, ex quo facta promissio fuit; *l.19.§.1.quem servit.amitt.* quia ex eo patientia aut intermissio ejus quod aliàs fieri poterat, originem sortita est, & res ita affecta esse cœpit, ut

Promissio pura cum const. actu & tempore concurrit. Ratio differentiæ à serv. pers.

Hic ergo ex pura promiss. est jus in re & actio realis

Exempla concursus promiss. & constit. in aliis.

Explicatur Hillig. & Bach. ad instit.

Respondetur Vinnio diss. sentienti.

potuerit quis statim uti, imò quandoque actu etiam utatur, *ut in servitutibus negativis, altius non tollendi, ne luminibus officiatur*, &c. Neque satis is sibi prospicit, qui promissâ servitute aliâ v.c. itineris, petit se induci in fundum vel iter; cum ipse eundo, h.e. facto ipso possit experiri, an alter exercitium servitutis pati velit, an non. Exceptio tamen est in servitutibus quæ positivè constituuntur, ut sunt jus alt. tollendi, & oneris ferendi, de quibus vide observ.n.8. Cæterum si promissio non purè facta sit, oritur inde jus ad rem & actio personalis ad servitutem per patientiam constituendam, *d.l.25.§.11.fam.ercisc.l.3.§.2. de act.empt l.78.de V.O.* Ubi obligatio quidem statim oritur, *arg.§.2.de V.O.l.213.de V.S.* sed servitutus peti potest demum conditione existente aut veniente die: *quo ipso etiam servitus simul constituitur*, ut non opus sit nova aliqua constitutione, *atque nascitur jus in re & actio confessoria realis.* Denique acquiritur servitus realis per præscriptionem, *l.2.C.de præscript.long.temp.l.2.C.h.t.* Sunt qui dicunt, hodie, cum jure novo *§.2.de legat.l.1.C.de comm.de leg.& fid.* omnia jura ad legatarium transeant ipso jure citra traditionem, ex legata servitute etiam legatario competere jus in re & actionem confessoriam realem. Quæ sententia equidem & juri veteri convenire videtur, per *l.19.§.1.Nisi dixeris* quoad servitutem realem. *vid. Jac. Menoch.l.4.præs.144.n.14.* Neque nostræ id contrariatur, qui in servitute reali constitutionem cum promissione concurrere asserimus. Dissentiunt à prædictis variè Dd. (1) Wesenb.*h.* qui promissionem planè omittit, sed minus rectè & contra jura supra adducta: quamvis enim concurrunt hoc loco actu promissio & constitutio, tamen & hîc in se differunt: imò in promissione conditionali hoc loco manifesta differentia est. Diss. (2) aliter Bach.*in not.* hîc propriè & subtiliter loquendo separandam esse constitutionem à promissione, atque ex promissione inter vivos oriri jus ad rem & actionem tantùm personalem: ex ea verò quæ fit ultima voluntate, e.g. legato, jus in re & actionem realem, *per l.19.§.1. quem serv.amitt.* Sed prius huc non quadrare, & non obtinere nisi in conditionata promissione, patet ex *d.l.f.h.t. junct.l.3.§.2.de act. emt.* & pura promissio à constitutione tempore & actu non est separata, in promissione autem conditionali diversa est & actu & natura: quomodo statuere videtur *in Inst.d.§.* idem Bachov. sibi parum hîc constans. Porrò quod modò dixerat Wes. præscribi servitutes longo tempore, hoc restringit ad casum, si præscribens titulum habuerit à non domino: contra dominum verò putat sufficere patientiam ejus. Verùm rectior communis sententia est, respectu ejus contra quem fit præscriptio, *titulum præcisè non requiri, sed sufficere patientiam*, sive contra dominum, sive contra non dominum præscribatur, per *l.10.si serv.vind.l.5.§.3. de usu.act.usque priv.l.f.de aqu. & aqu. pluv. arc.* Hoc saltim opus est, ut qui dicit se præscripsisse servitutem, eâ usus sit per longum tempus & b. f. h.e. non vi, clam aut precariò eam acquisiverit, *l.1 d.t. d.l.10.* Neque etiam interest *sive patientia conjuncta sit cum scientia* (quod jus præscribatur) *sive non*; quia ex diuturno tempore scientia & ex patientia titulus præsumitur, *arr.d.l.10.si serv.vind.& d.l.ult.h.t.* Non officiunt *l.2. C.h.t. & l.f.C.de præscript.long.temp.* Nã *in l.2.dicto scientiæ*, saltem explicationis & declarationis gratia mentio fit scientiæ, & *in d.l.f.verba: bonâ initio*, non intelligenda sunt ac si præcisè requireretur titulus, sed quod hoc casu is intervenerit: vid. Bach. *ad Tr. h. th. 9.* Cæterum non contentus his A. latius agit de præscriptione servitutum; quæ commode ad tria capita revocantur. Primò *recenset com-*

Promissio non pura differt hic a constit. unde jus ad rem & actio personalis.

Dissentientium variæ opiniones.

Ad præscr. serv. titulus non requiritur.

Sed patientia.

A. latiùs agit de comm. Dd. opinione.

munem

munem Dd. opinionem. Hæc est, quod *servitus continua, ut personalis, longe tempore, interveniente patientiâ & scientiâ adversarii acquiratur*, modo tit. l.10. *si servo. vind.* l.ult.in f. C. de long.temp.præscr. l.2. C.h.t. Discontinuæ verò ut reales, rusticæ præsertim, iter, actus, via, jus pascendi, &c. non nisi tempore immemoriali; *quod earum usus non perpetuus aut continuus sit, sed in interpolatis vicibus consistat*. Et hanc sententiam in Cam. Imp. observari docent Gail. 2. Obs. 66. & Myns. 4. Obs. 53. Quamvis *Jure Sax.* indistinctè omnes omnino servitutes 30. *annis & die uno præscribantur*, per text. Landr. lib. 1 art. 29. ubi Gl. Coler. decis. German p.1. dec. 20. n.5. Secundò Wesenb. refellit Dd. opinionem comm. in genere (4) argumentis (1) *quod omnes servitutes sive personales sive reales causam continuam habeant, per l.28. de S.V.P.* (2) *quoniam servitus quà talis s. qua jus est constitutum, semper continua sit, potentia & natura sua*, (3) *quia consuetudine per longum tempus possit servitus cadendi lapides* (*quæ tamen non continua*) *acquiri*, l.13. §.1. comm. prædior. IV. *quod jurisdictio longe tempore præscribatur & tamen personæ non cohæreat s. non sit quid continuum*. Quod ad primum oppidò notandum est, Doctoribus hic aliter sumi *caussam perpetuam aut continuam habere*, quam accipitur in ll. Nam caussa servitutis dicitur *illa quæ dat originem & occasionem servituti*, ut in ususfr. *fundus*, in stillicidio, aquæ ductu & aquæ haustu, *aqua*. Et sic caussam continuam s. perpetuam dicitur habere servitus *quæ habet causam naturalem s. originem ejusmodi*, ut vel potentiâ sua semper possit præstare utilitatem, aut actu semper præstet: *idque non nisi propter illam caussam* l.28. de S.P.V. quod enim habet caussam naturalem, perpetuò & continuè intelligitur fieri; *quia naturæ causa certa, continua atque perpetua est*, secundum physica principia. Alio sensu dicunt Dd. servitutem perpetuam s. continuam causam habere, *quæ semper in continuo exercitio vel usu*, de quo supr. n.4. Verùm *ex accidenti est, quod quarundam usus sit continuus, aliarum discontinuus. Ipsæ enim servitutes omnes, quæ ex causa sua naturali & propriè æstimantur, sunt continuæ, licet quis iis assiduè uti nequeat.* Porrò pergit Autor specialiter refutare distinctionem Dd. inter serv. personales & reales & quod illas tantùm vocent continuas, (1) *quia idem animus continuè possidendi qui est in personalibus, sit quoque in realibus* (2) *quod si ex persona sola cui debetur servitus hoc æstimandum, nulla continua unquam possit præscribi, cum prædium non habeat b.f. nec animum, nec possideat; aut si possideat domino possideat*, (3) *quod servitutes præscribantur ut accessio rerum immobilium & harum naturam imitentur*, l.1. C.h. *quæ animo continuo possideantur & usucapiantur. E. & servitutes.* Neque vero huic officit quod Bachov. in not. contra Autorem contendit, falsum esse *servitutes hic ut partes & accessiones res immobiles considerari*. Quamvis enim in se jura sint incorporalia, pr. t. I. de rebus corp. & incorp. ut fatetur quoque Wesenb. h. t. n. 2. tamen quoad ipsarum præscriptionem considerantur ut res immobiles quibus adhærent, expr. text. cit. l.2. C.h.t. ex qua l.f. C. de præscript. long. temp. utpote agens non nisi de rerum immobilium præscriptione, explicanda est; *ita ut servitutes, quamvis non soli res sint sed incorporales* (*absolute sc. consideratæ*) *eod. tamen tempore quo res soli debeant usucapi, quod accidens soli sint inseparabile, ideoque pro rebus soli habeantur.* Et exinde non dubito, quin Bachov. studio saltem contradicendi hic diversus sit.

Sent. in praxi recepta.

2. eam refutat in genere.

Specialius

Respondetur Bach.

Ipse enim supra *ad t. de rer. div. n.4.* dixerat, rectè Wesenb. (qui ibi d. l.2. C.h.t. allegaverat) statuere quod incorporalia fere immobilium jure censeantur. Denique suam sententiam refert Wesenb. satis *longe & confuse* quæ verò contracta & explicata sic habet. Distinguenda sunt IV. tempora. *I. est L. XII. tab.* quibus servitutes, utpote res incorporales, non poterant usucapi. *II. est JCtorum* post, L.12. tabb. usque ad L. Scriboniam. Tum biennio omnes poterant usucapi, quod haberetur pro immobilibus, quo jure usi sunt Romani per quattuor ferè secula usque ad Tiberium Imperatorem. *III. Est legis Scriboniæ.* Nec hoc tempore servitutum erat usucapio, *propter l.4. §. f. de usucap.* & rationes. 4. Autoris, quas examinat hic Bach. Eo ipso tamen tempore per immemorialem præscriptionem poterant acquiri servitutes, ceu alia jura incorporalia, l.3. §.4. *de acq. quot l.3. de loc. & itin. publ.* Quin & tunc longo tempore poterant acquiri ex Prætoris tuitione, qui pro jure utili tum dabat actionem utilem, l.10 *si serv. vind.* l.10. §.1. *de usucap.* l.5. §.3. *de itin. act. priv.* l.1. & 2. C. h.t. l.1. §. f. *de superfic.* d. l.3. §.4. *de acq. quot* l.1. § f *de aq. pluv. arc.* l.14. h.t. Denique *IV. tempus est Justiniani.* Hic totum jus usucapionis ita transformavit ut *& res soli provinciales*, & sic *servitutes longe tempore possint usucapi instar rerum immobilium* l.f. C. *de præscript. long. temp.* l.un. C. *de usuc. transf.* Conf. Bach. h. Diss. alii, putantes, jure civ. servitutes non posse usucapi indistinctè, q. tamen posse usucapi seu longo tempore præscribi. Addi prædictis meretur Dn. Manzius *d. tr. t.1. q.6. n.36. & mult. seqq.* ubi eandem nobiscum sententiam fovet, eamque pluribus & præcipuè contrariam quæ Theoricæ magis conveniat, optimis argumentis decisam exhibet.

3. refertur sent. Autoris.

N. IX. *Non ea natura est*) Naturale enim est (non substantiale) quod dicitur l.15. §.1. h. servitutes in eo consistere ut quis *patiatur vel non faciat, non faciat, non verò ut faciat.* (1) quia servitus alt. toll. revera est servitus, per quam tamen quis tenetur aliquando facere, ædificare secundum l.2. pr. de S.V.P. §. *aquæ l. de act. & obl. t. seq. n.3.* (2) quod debens servitutem oneris ferendi cogatur non solùm pati ut ædificium meum in ejus pariete recumbat, sed & parietem illum aut columnam reficere & collapsam restituere teneatur. l.33. de S.P.V. (2) quod pacto possit induci quò aliquid fiat in servitute, neque hoc est contra genera servitutum, ut inquit Ulp. in l.8. §.2. *si servit. vind.* In his ergo promissionem à constitutione non tantùm in se & natura, verùm & tempore atque actu diversam esse, nec concurrere, planè indubitatum est, juxta observat. n.5. Substantialia servitutis in eo consistunt, ut prædio præstet utilitatem, l.15. pr. h.t. non sit sine prædio, l.1. §.1. *comm. prædior.* causam habeant continuam l.28. de S.V.P. Conf. Fern. Weizeneggerum *de S.V.P. n.33.34.* Dn. Manzium *d. tr. t.1. q.10. n.44.* Cæterum, quod dixi servitutem non modò esse jus ut pro facultate accipitur, sed & ipsum jus in re, *s. ad t. de ususfr. n.5.* ne aliquem offendat, factum majoris explicationis causa, & intelligendum est quod servitus possit quoque diverso respectu esse objectum: vid. Dn. Bartolom. Leonh. Schwendendörffer *in vindic. de vera divis. jur. in re p. m. 240. v. conclusio. & seqq.* Dn. Struv *in vindic. de jur. rer. coroll. 6.* Add. & Dissert. apologet. Helmst. *t. de jure in re de servitute tot.*

Quæ naturalia, quæ substantialia servitutum.

Manciffa de def. Servit.

TITULUS

TITULUS II.

De Servitutibus urbanorum prædiorum.

1. Prædia unde dicta, & de urbanis ac rusticis.

Prædia dicta sunt à præstando, authore Varrone c quod his pignori datis publice mancipes fidem præstent: coque nomine venit rerum immobilium & Solum & superfices: puta fundus, & quicquid in superficie fundi est ædificatum: domus, villa rustica, horreum, &c. Itaque prædiorum significatio, latius patet, quam fundorum *l.as.m l.si pro fundo 33. C. de transact. l.quæst. l. fundi l. locus de verb.sign.*

2. De servitutibus urbanis ac rusticis.

Prædia porro alia Urbana sunt, alia Rustica. Urbana nominantur, quæ ad habitandum præcipue sunt ædificata non solum in oppidis, sed etiam in villis & vicis §. 1. *Inst. de servit.* Unde & stabula meritoria, recipiendis mercede tam equis quam hospitibus idonea. *l. urbana. 198. de verb signif. l. aed. jure 4. §. stabula in quibus caus. pig* & prætoria, *l. 2. infr. tit. 1.* quæ ad habitationem voluptatemque domini villæ, quem Prætorem vocabant, tanquam supremum prætorem principemque suæ rusti familiæ constructa, hoc nomine censentur. Quia ut inquit Paulus, *l. urbana prædia 198. de verb. signif. l. 1. infr. com. præ.* prædium urbanum non locus facit, sed materia: hoc est, subjectam, commoditas & usus rei ut id urbanum sit, quocunque tandem loco situm, in quo habitandi est opportunitas: rusticum vero, quod fructuum gratia quocunque loco construitur: *l. si prædium 16. C. de præd. minor.* sicuti in consimili exemplo, urbana familia & rustica, non loco, sed genere distinguuntur, *l. urbana familia 166 de verbor. signif.* Et hæc quidem obtinent quoad præsentem servitutum materiam: nam alias prætoria & consimilia ædificia in villis constructa, cum sint pars & accessio fundi, *l. fundi. 8. quibus mod. usufruct. l. hæres in fundo 2. de usufruct. legat.* jure principalia censeri solent: *l. in quæ accessiones 34. de fidejuss. l. cum princip. 178. de reg. jur.* eoque proprie ædificata in urbibus urbana sunt, & ædes appellantur: rure vero constructa Villæ & Rustica prædia vocari solent, *l. fundi 211. de verbor. signific.* Quia vero servitutes hæ in prædiis tantum commodo constituuntur (nec enim aut personæ aut rei mobili imponi possunt, *l. 1. comm. præd. l. ut pomum. 8. sup. de servit.*) eo factum est, ut quemadmodum ipsa prædia, sic & servitutes iis inhærentes, ita distinguantur, ut aliæ sint Urbanorum prædiorum: quæ debentur prædio tanquam urbano, respiciuntque commoditatem ædificii sive habitationis, etsi prædium ipsum rusticum sit: aliæ vero Rusticorum, quæ ad prædium tantum rusticum, hoc est, ad utilitatem percipiendorum fructuum & agri pertinent. Fit tamen interdum, ut sicut vocabula prædiorum, sic & servitutum confundantur. Nam ut ædificia habitationum quæ ruri sunt, rustica nonnunquam a situ, & quia pars iuris sunt, perhibentur: ita servitutes etiam urbanæ, quæ rusticis prædiis inhærent, à subjecta quandoque materia rusticorum dicuntur prædiorum *c. l. fundi 211. de verbor. signi. l. 2. infr. de serv. rust. præd. vide Goveā hoc taliter interpretan. Lec. li. 1 c. 16.*

3. De servitute altius tollendi, vel non tollendi.

Urbanorum autem prædiorum jura, ut vult. I C. *l. 2. h. t.* talia sunt: In primis Altius tollendi *&c aquæ Instit. de act.* Quanquam enim naturaliter in solo cuique suo jus imponendi est in infinitum, *l. cujus 24. h. t.* & ædificandi vel ad cælum, usque, ut ajunt, etiamsi inde vicini ædes obscurentur, *d. l. cujus 24. l. cum eo h. t. D. d. l. altius C. eod.* tamen quia legatis, pacto, *l. legi 26. de except. rei jud.* consuetudine, *l. 1. 2 cum sibi not. C. eod.* statuto constituto alia forma induci potest, adeo est etiam hujus constitutionis usus. Cum namque vicinus permittit præter ositatum ædificandi morem, priorumque ædium formam altius tollere: *ut in d. l. legi.* is jus Altius tollendi, hoc est, ædificandi habere dicitur *l. 1. h. t. §. aquo 2. Inst. de act. ubi dixi.* Altius non extollendi servitus est, cum vicino nostro contra naturalem libertatem imponimus necessitatem, ne ædes suas ultra præscriptam aliquam, certamque & nobis utilem altitudinem extollat: qui tamen Viridaria, quæ nomine ædificii minime veniunt, super eam altitudinem habere potest, *l. ædificiis 12. h. t.*

4. De servitutibus luminum.

Quod ad lumen attinet, servitus aut immittendorum luminum, aut Ne officiatur luminibus, constituitur. Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra hoc est, fenestras quibus lumen cæli hauritur, (lumen enim id est, ut cælum videatur, *l. lumen 16 h. tit.*) excipiat *l. luminum. 4. h. t.* Quanquam enim unusquisque lumina in suo facere potest: tamen immittere in vicini parietem, aut communem non licet: *l. cum 40 h. t.* nec etiam prohibere vicinum, quo minus adversus illa ædificet, atque ita obstruat, nisi quæsita ejusmodi servitute. Cum autem servitus imponitur, Ne luminibus officiatur, hoc adepti maxime videmur, ne jus sit vicino altius ædificare, & luminibus nostris officere. Differt tamen hæc a jure Altius nō tollendi, in quo nihil aliud inest quam ne vicinus altius ædificet. Itaque si non ædificando, sed alio modo, puta viridariis lumina obstruat, contra servitutem facere non videbitur, *d. l. ædificia 12.* At hac servitute constituta, non modò ædificando luminibus officere vicinus qui servitutem debet, non potest, sed ne ullum quidem aliud omnino impedimentum inferre *l. inter servitutes 15.* adeo ut vel arborem ponere quæ luminibus obsit, vel umbram ei loco cui sol est necessarius, facere prohibeatur *l. si arborem 17.* Illud quoque has servitute cōtinetur, non modò uti ne luminib. quæ Nunc sunt, obstruatur, sed etiam ne Futuris: nisi diserte ita cautum de præsentibus fuerit, Lumina quæ nunc sunt, ut ita sint, *l. servitus 23.*

5. De servitute ne prospectui officiatur.

Huic affinis est servitus Ne prospectui officiatur: *l. 3 h. t.* in qua id amplius est, ne quid objiciatur ad minuendum prospectum gratiorem, & quaqua versus liberum: cum superiore tantum illud contineatur, ne quid ad impediendum cœli aspectum fiat Itaque prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest, *d. l. lumen 16.*

6. Stillicidii vel fluminis servitus.

Est & Stillicidii vel Fluminis, in tectum aream ve vicini Avertendi vel Non avertendi (ut quia mihi utile sit, aquam pluviam ex tuo tecto in meum hortum cadere) servitus, *d. l. 2. h. t. §. præd urban. Inst. de servit.* Stillicidium autem, est casus stillæ: quod diminutivum, authore Festo, est a stiria, id est gutta frigore concreta. Stillicidium igitur est, quod stillatim ab alto cadit: Flumen vero, omnis aqua quæ continue fluit: ut cum pluvia perpetuo rigore, continuoque ducta per canales decurrit: *Varro lib de ling. Lat.* pro qua pluvia aqua hic flumen accipitur. Nam aquæ vel fluminis per agrum ductus, rustica, non urbana servitus est, ut infra dicemus. Ergo qui jus avertendi in vicini aream aut tectum stillicidii acquisivit, sive ut in eo cadat, sive ut per illud tubis ducatur (neque enim id sine servitute licet, *l. si §. si. quod vi aut clam.*) is altius tollere stillicidium potest: levior enim sic eo pacto servitus. Nam quod ex alto cadit, levius cadit, & interdum nec directè pervenit ad locum servientem. Inferius demittere non potest quia fit gravior servitus, futurum est enim pro stillicidio flumen. Ea de causa tecto quoque duci potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere. Produci non potest ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo imposita est servitus. Et omnino sciendum est, meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse, *l. servitutes quæ. 20. §. pen h. t.* Ex quo liquet discrimen inter servitutem Stillicidii & Fluminis, atque hanc illa graviorem esse.

7. Tigna immittendi.

Servitus Tigna (quæ à tegendo dicta sunt, *l. 1. de tig. injuncto.*) immittendi in parietem vicini, cujusmodi sit, per se patet. Nemini enim licet in alienum parietem sine ejus consensu immittere, *l. hoc quod dictum. 25. h. t.* Nam lex 12. Tabularum, in eum qui convictus est furtim tignum alienis ædibus injunxisse, in duplum dat actionem. *toc. tit. de tig. injunct.* Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua ædificium constat: quanquam proprie pro trabibus quibus domus tegitur accipiatur *l. tigni 62. de verb. signif. l. tigni. 7. ad exhib.* Hoc autem quod dictum est de immittendis tignis, locum habet ubi ex ædificio alio in aliud tigna trabesque mittuntur, ut requiescant. *d. l. hoc quod dictum.*

8. Projectum habendi.

Nam si imposuer i, ut liceat mihi supra aream tuam habere Projectum, id est, longe extensum protectum ve aliquid, ut Meniana & Podia pensilia, partes videlicet domus prominentes, unde aspectus est in vicos, (quas vernacula lingua arcas, vel potius aceras vocamus:) hæc non servitus immittendi, sed projiciendi est, *l. 2. h. t.* Projectum enim id dicitur, quod ita protenditur ut nusquam quiescat, *l. malum 242. §. inter. 1. de verbor signif.* quemadmodum Protegendi servitus est, licere tectum suum supra alterius aream extendere ad protegendas ab injuria pluviæ ædes. Protegere enim est, tectum hujus rei gratia projicere: & ejusmodi protecta, id est, partes tecti prominentes, quibus stillicidia a parietibus arcentur, Suggrundæ & suggrundia vocantur, *l. s. § præter ait ubi Budæus de his qui dejec. vel effu l. penult. C. de ædif. privatis. tot tit. de damn. inf. & suggrun. & protectis, Alcia. in d. l. malum § inter, &c.*

9. Oneris ferendi.

Huic vicina est servitus oneris ferendi, ut paries aut columna aliena onus nostrarum ædium ferat, *l. cum debere 33. h. t.* Jus etiam immittendæ cloacæ, servitus est, *l. jus cloacæ 7. sup. tit. 1.*

10. Cloaca.

Est autem cloaca, authore Festo a colluendo dicta, quod in eam colluvies immunditiarum & sordium recipiatur, ut per eam defluat, *l. 1. §. 1 de cloac.* Hanc cum ad commodum habitationis has, nihil dubito, quin hæc servitus sit urbani prædii: quamvis alii rusticam esse volunt, propterea quod Neratius, *l. 2. infra tit. 1.* dicat: servitutes rusticorum prædiorum etiam esse has, licere Altius tollere & Officere prætorio vicini, & cloacam vel protectum habere. Sed ex ipsis speciebus, quas J.C. ibi refert, evidenter apparet, ipsum loqui de servitutibus urbanorum prædiorum, quibus jus cloacæ annumerat: nec aliud voluisse dicere, quam has etiam esse rusticorum prædiorum, id est, rusticis prædiis imponi posse, ut non modo Neratius nihil contra nos faciat, sed etiam opinionem hanc adjuvare videatur.

11. Foramen.

Huic etiā consimile esse videtur Foramen proluendi, hoc est, aqua adhibita abluendi pavimenti causa in pariete conclavis, tamē aliud longe est. Nam cū cloaca, quæ constituitur projicitur ve

a.r.d.arg.l.1.&c. l.f.C.de reb. alien. Constat autem hîc planè, *proprietarium tradere rem non animo concedendæ facultatis ut fruendi absolutè & continuò, quæ natura dominii; sed intentio q. usufructus cujusdam constituendi, ex quo tantum ad vitam sit utendi fruendi potestas, §.2. in f. de usufr.* Ideoque res q. usufructuaria aliena est, sc. concedentis, & serviendo propria fit per indirectum ac per accidens, adeoque jus hocce servitus est, non dominium, de quo transferendo non agitur. Et tamen cum ipsa rei perditio & dominii translatio hîc fiat naturali & civili ratione repugnante, h.e. si naturam veri ususfructus consideres, §. 2. *de usufr.* SCto constitutum fuit, ut quæ πρὸς ἰσ seu per omnia & simpliciter, revera ususfructus non est, *pro tali haberetur, ὁμωνύμως & per analogiam.* Idque causâ utilitatis, *d. §. 2. de usufr.* ob quam & aliàs jure positivo multa contra strictas juris regulas sunt introducta, *l. 51. §. 2. ad L. Aquil.* Namque pro hominum commoditate, *externâ ratione*, ut subinde fit, excogitatus est in reb. quæ usu consumuntur quidam q. ususfructus, datâ cautione per usufructuarium de eadem qualitate & quantitate finito usufructu restituenda, vel certa pecuniâ dandâ.

Ratio ejus externa.

TITULUS VI.

Si Vsusfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.

1. *De actionibus servitutis personalis.*

Restat ut exequamur, quæ actiones, quibus, contra quos, & ad quid harum personalium servitutum nomine concedantur. Et cum ususfructus vel petatur tanquam debitus, vel ad aliquem pertinere negetur quasi non debitus: proditæ sunt in hanc rem duæ actiones, *l. 1. h. t.* quemadmodum & pro cæteris servitutibus: *§. æque. Inst. de act.*

2. *De confessoria & negatoria.*

Quarum altera quis confitetur & asserit sibi usumfructum deberi, unde & actio Confessoria vocatur *l. 2. l. 5. §. 1. h. t.* Quoniam ille qui agit, jus quod sibi adest confitetur, ad hunc modum: SI PARET USUMFRUCTUM MEUM ESSE. *Theophilus in d. §. æque* &c. Altera asseritur libertas prædii, negaturque ususfructus quem quis indebitè sibi usurpat: ut, SI PARET ADVERSARIUM JUS UTENDI FRUENDI FUNDO MEO NON HABERE, &c. Hinc negatoria dicta est hæc actio *d. l. 2. h. t.* Utraque verò Realis est, quia ratione rei competit *§. æque ubi Dd. Inst. de act. l. 2. com. præ. l. 4. l. 6. si serv. vend.* Confessoria vendicatio est servitutis. *l. creditor 9. de oper. no. nuncia. l. 4. de servit.* seu actio in rem specialis, qua jus in re postulatur. *l. 5. in prin. C. de præscr. 30. annor.*

3. *Quis, adversus quem, ad quid agat confessoria*

Confessoria autem agit, qui usumfructum sibi velut suum, vel aliam servitutem asserit, *l. et qui 16. de serv. l. l. creditori 9. de oper. nov. nunc. l. 5. & passim h. t.* nec tantum adversus dominum qui servitutem debet, sed omnes omnino qui impediunt usumfructum, quocunque tandem modo id fiat: *l. si quis diuturno 10. §. agere s. si servitus vend. l. uti frui. 5. §. utrum 2. h. t.* & ad hoc agit ut judex declaret usumfructum sibi competere, condemnetque adversarium ut patiatur actorem uti frui, nec in posterum impediat: eoque nomine caveat, *l. un. ubi Bar. C. ut poss. l. s. de rei. vd. l. harum. 7. l. agr. 12. inf. si ser. vend* præsterque fructus (si forte aliquo tempore possedit) perceptos, & id quod interesse potest actoris, creatum sibi impedimentum non fuisse *d. l. uti frui. 5. §. fin.*

4. *Differentia inter confessoriam & personalem, ad servitutem consequendam.*

Ex quibus apparet, aliam esse hanc actionem, quam illam Personalem, qua ad constituendum usumfructum, *ex testamento* forte, vel contractu contra hæredem, aut eum qui promisit, agitur. Hæc enim non est Confessoria. nam non confitetur actor in ea jus quod habet, sed quod non habet petit, tanquam sibi debitum constitui. Unde personalis est actio, non Realis, quia non competit ratione juris quod rei insit. Nullum enim jus in re esse potest, priusquam sit illud constitutum. At hæc de qua agimus, realis est: petit enim actor declarari, sibi jus esse ejusmodi jam ante constitutum & quæsitum, & in jure antea sibi constituto perfruendo, impediri se à reo non oportere contendit.

5. *Confessoriam non dari domino fundi.*

Hæc autem actio domino servitutis, non autem fundi domino datur: quia qui habet fundum: integrumque dominium, jus utendi fruendi separatum, & servitutem non habet: nec enim potest alicui suus fundus servire *l. uti frui 5 in prin. h. tit.* Sed si impediatur in possessione suæ rei, agere licet illi interdictis, quæ in hoc prodita sunt, ut suæ unicuique possessiones sine impedimento liberæ sint, atque salvæ, *vide inf. uti poss & unde vi.*

6. *Negatoria cui. ad quid datur*

Porrò actio negatoria, velut superiori contraria, domino fundi datur, adversus eum qui usu aliquo servitutis libertatem rei impedit, & liberè usurpat: *Bald. in l. quemadmodum 29. §. 1. ad l. Aquil.* contra quem dominus per hanc actionem libertatem sui prædii astruit negatque adversario usumfructum deberi: unde & Negatoria appellatur. Petit enim ut judex declaret suum prædium esse liberum: jubeatque cavere adversarium, ne in posterum jus servitutis ullum usurpet, & quanti interest prætereto tempore non usurpatum fuisse, ut id sibi rependat. *d. l. uti frui. h. t. leg. 11. inst. si servitus vend.* Ex qua ipsa actionis formula patet: cur in corporalibus negatoriè agi permittatur, cum ad petendas res corporales id genus actionis proditum non sit. *§. æque Inst. de action. ubi dixi.*

7. *Quare in incorporalib. negatoria detur, non in corporalibus.*

Nam in his qui possidet, ei actio nulla datur, per quam neget actoris rem esse: *l. 1. §. interdictum. inf. uti possidetis* cum quia ei sufficere debet, quod habeat possessionem: ut non opus sit supervacaneis actionibus judicia onerari: tum quod non actionis sit de jure suo, sed alieno: quod perabsurdum est: *d. l. uti frui l. loci 4. §. competit. si servit. vend.* quicunque enim cum aliquo agit, ex eo jure quod ipse habet. *l. 1. si pars hæred. peta.* causam suam judici probare necesse habet, ut rectè annotavit Theoph. *ad d. § æque vide Bart. & Castr. in l. 1. 2. de except. rei jud.* Nam alioqui possessori, si agat de jure alieno, nihil profuturum est, declarari adversarium non esse dominum: neque enim, etiamsi is dominus non sit, ideo sequitur, possessori dominium competere. *l. sed si possessore 21. de jurejur.* Multò autem minus illi proderit, si asserat tertium, puta, Titium esse dominum. Nam de jure & re aliena nemo sine idoneo mandato agere potest: & ut maximè agat atque obtineat: non tamen aut sibi proderit, quia de jure suo nihil probavit, nihilque judicatum est: aut vero domino, quia sententia & res inter alios dicta, alios neque prodest neque nocet. *l. sæpe 63 de re jud* At in incorporalibus, qui Negatoriam proponit, etsi verbo negat, tamen reverà Confessoria agit. Qui enim inficiatus alteri servitutem deberi in suo fundo, affirmat & confitetur rebus ipsis prædium suum esse liberum. *l. loci. 4. §. pen. & fi. cum ll. seqq. l. si uti. 8. inf. si servitus vendicetur.* jusque ejus libertatis ostendere intendit. Et hæc quidem de tractatu ususfructus dicta sufficiant: si illud prius monuerimus, has actiones eodem tempore durare, quo rei vendicationes. Quod igitur dicitur, his actionibus decem & viginti annorum spatio præscribi, id sic intelligo: quando tanto tempore jus servitutis aut extinctum, aut quæsitum est. *l. 2. de ser. vide hac de re lat. in §. æque nu. 37. Inst. de act. per l. corruptionem 16. C. de usufr. l. pen. C. de servit.* nam si præscriptio ad injustitiam tituli, aut interruptionem, aut malam fidem, aliudve impedimentum completa non sit: haud quaquam putaverim, aliter quam 30. annor. spatio his actionibus præscribi: sicut & de rei vendicatione supra est expositum, *ad tit. de rei vend. vide lat. quomodo dubitantem in d. § æque n. 39. l. 3. C de præscr. 30. ann.* Omittonunc quæstionem, an mala fides non hanc etiam præscriptionem inhibeat: de qua alibi fortassis erit dicendi locus. Certum tamen est, jure civili non inhiberi, *vide l. 3. 4. 6. 7 & C. de præscr. 30. annor. l. o. l. ult. C de annal. ex cpt. l. mora. ubi Salic. num. 5. C. de rei vend. & in l. ult. num. 25. C. de adre. divi. Adria. tollend. Bart. num. 5. Castr. num. 6. & Dd. l. sequitur. §. usum de usucap. Castr. l. hac autem num. 4. de servitut. urb. prædio. Ripa l. nemo potest num. 113. de legat. 1. Felin. Rubr. de præscrip num. 18. & in c. fin num. 6. eod. tit. Paris. consil. 101 num. 18. vol. 1. Socin. jun. consil. 145. num. 65. vol. 2. Bovius de præscript. sta. §. 1. num 12. & 18.* cum absque respectu possidentium, neque consideratione, utrum bonæ malæve fidei sint, tantum in odium agere negligentium sit inducta *d. l. ut perfectius. l. ult. C de ann. except. Bart. & Dd. l. cummoetissimus C. de præscr. 30 annor.* ut aliquis esset controversiarum finis: *l. 3. l. 4. cum seq. eod. tit. C. de præscr. 30. annor.* nec in incerto manerent dominia, si post tantum intervallum repetitionibus cujusvis relinquerentur. Cæterum Jure Pont. aliud inductum volunt. *Canon. c. ult. de præscript. Bovius de præscr. statu, §. 1. n. 33. 34. Tiraq. de retrac. conven §. 1. gl. 2. n. 20. & de præscr. §. 1. gl. 8. & hanc magis communem testatur Anton. Gab. lib. 5. conclus. 3. de quo scripsi consil. 5.*

OBSER-

OBSERVATA.

Per act. realem usufr. non dicitur debitus sed noster.

N. I. *Tanquam debitus) Imò rectius tanquam no*ster; quia actiones quibus *de mox loquitur, reales sunt, quibus rem vel servitutem dicimus* non deberi: sed nostram esse, §.1.*I.d.action.l.5.§.1.h.t.*contrà *per obligationem & actiones personales dicimus servitutem* haud nostram esse, sed deberi, *l.3. de oblig. Act.*

Vindicatur tantū jus in re, non res ipsa.

N. II. *Qua jus in ee postulatur) Neque enim ut emphyteuta & vasallus, etiam rem ipsam vindicare potest usufructuarius*, sed tantum *jus in re* quod habet, *l.5.§.1. verb.usumfructum vindicare h.t.l.13.pr.§.1.verb. qui jus habent, ut puta servitutem* 1. *&* 2.*de damn. infect l.19.pr. verb.sive aliquid in ee jur. habent, qualis est fructuarius eod.t.* Ersunt quædam reales actiones, quibus tantum jus vindicatur, *l.3. C.de præscript.30.ann.* Exindeque malè nonnulli servitutes referunt ad dominium, dicentes in illis vindicari dominium juris, cum Vulejo, quo etiam inclinat Bach. *ad Ant.n.1.* Propria enim & singularis species est actionis in rem actio confessoria, *§.æque.de Act.*quæ formaliter differt ab illa quæ in specie dicitur rei vindicatio, & competit pro re corporali petendâ §.1.*I eod. & t e Sup.de Rei vindic.* ergo & caussæ ipsarum diversæ erunt, non eædem: singulæ enim caosæ singulis actionibus sunt distinguendæ, §.5.*I. quib.mod.test.inf.Conf.* Less.*d.lib.2.c.3.d.6.n.27.* Cæterum *confessoria* hæc alia *directa* est, alia *utilis*. Illa ei qui jus ufusfructus vel alterius servitutis constitutum habet, & de servitutibus tantum datur, *l.2.§.1.si serv.vindic.*Hæc dicitur talis duplici ratiooe(1)quod competat illis qui *jus aliquod inferius & infirmius* habent propter quod actiooe directa agere nequeunt, ut emphyteuta, vasallus, superficiarius, creditor; *l.1.§.f.de superf.l.16.de servit.l.9.de nov.op.nunc.* (2) quod detur pro *aliis juribus consimilibus* servituti, ut sunt *Jurisdictio, jus decimarum, operarum s.servitiorum* der Dienste *jus venandi, patronatus, ceditūum &c. arg l.9.§.2.in f.de damn.infect l.ult.de arbor.cædend.* Eadem ratio est actioois ne-

Non dominium juris sed jus servitutis contra Vulc. & Bach.

Actio real. de servit. directa & utilis.

gatoriæ. Hocque ita usu servatur, Vaudo nequicquam dissentiente, 2. *var.quæst.27.*

Lectio Autoris vulgaris servata contra censuram Duacenam.

N. VI. *Cur in incorporalibus)* Bach. *in not.h.* putat legendum *cur incorporalibus negatoriè agi non permittatur:* atque ita video etiam ferè immutata esse verba Autoris per censuram Duacenam editionis novissimæ Coloniensis. Verùm ex nulla ratione; Et rectè habet vulgatum exemplar, *cur in corporalibus negatoriè agi permittatur; tum quia antea de formula actionis negatoria incorporalium, seu subjectâ materia dictum erat; tum quia verum est, ex illis dictis jam apparere cur in corporalibus ita negatoriè agi permittatur.* Nam ratio cur in corporalibus negatoriè agi non permittatur, jam ante indicata non est, sed ea assignatur demum *in n.7.* Quin si ita legendum, ut Bachov. contendit, necessariò immutanda erunt etiam verba *proditum sit*: suadet enim hoc ratio oppositionis, & tamen Bachov. illa integra relinquit.

Quare non detur vindicatio rei corporalis negatoria, cum detur negatoria servitutū.

N. VII. *Nam in his qui possidet)* Q. *Cur possidens rem corporalem, quam alter dicit suam esse, non æque habeat actionem realem negatoriam, ac ille qui possidet fundum liberum à servitute, quem alter dicit servitutem debere?* Et rectè de hoc sentit Autor *h.n.7.* Sed præcipua differentiæ ratio est ex princip. civilibus, (1) quod *in solis servitutibus* sit locus actioni negatoriæ, non in vindicatione rei corporalis, *d.§.2.inst.de action.quia hic nihil relevat probatio facta, eum non esse petitoris*: (2) quod vindicatio servitutum non possidenti detur, & possidenti, *d.§.ibi: sanè uno casu: quippe q. possidetur non modo jus servitutis, sed & jus libertatis, seu res incorporalis,* ideoque dejecto vel turbato (atque ita non possidenti) competit etiam actio, *per l.6.§.1 si serv. vindic. l.5.§. f.h.t.* vindicatio autem rerum corporalium non datur nisi non possidenti, *d.§.2.* cum possidenti sufficere debeat quod possideat, *l.1.§.6.uti possid.* unde prospicere sibi potest ex jure possessionis. Confer. Bachov. *h.*

TITULUS VII.

De Operis servorum.

EST autem consimile usufructus, operarum legatum: quando videlicet non ipse ususfructus: sed servi hominis (cæterarum enim animantium usus non in operis, sed in usufructu est. *Govea lib* 10. *Lect c.7*) operæ legantur vel inter vivos constituuntur. Cum enim fructus hominis in operis consistat, & retro in fructu hominis operæ sint: *l fructus 4. hoc tit.* consequens est, operis servorum legatis vel concessis, & fructum, *d.l.4.* & usum *l.operis.5.h.t. ubi tamen Gov. d.c.6 pro. usum legit. usumfructum.* atque ita etiam usumfructum effectu concessum, intelligi. *d l.5.* Verum hoc differunt, quod nec capitis diminutione, imo ne morte quidem ipsius cui debentur, *l.2. de usufruct lega.cum ll.s q.Bald. & Dd. Rub C.de usufruct.* neque non utendo operæ amittantur. *l.2.h t.* cujus ratio est, quod operæ in actione hominis consistant, neque sint in rerum natura, priusquam præstantur: *l.opera 9 de operis libertor.* Quod autem non est, id neque capitis diminutione, nec morte, aut non utendo, perire potest: *l.2.h t & l.Sempronius 26. de usu & usufr.legat.* Privatio enim præsupponit habitum, ut vulgo loquuntur *l decem.116.de ver. obl nam etsi 5. de injust rup. & irr. test* Adde, quod operæ quandam habeant cum dominio cognationem: *d.l.opera de oper.liber.* cui argumento est, quod cum ususfructus usucapione proprietatis non amittatur, *l locum 17. §.proprietarius 2.supr.de usufr.l.justo 44 § non mutat de usucap.* operarum tamen legatum, servo usucapto, pereat. *l.2. de usu & usufru. legat.* Ut igitur dominium non extinguitur primo domino moriente, sed transit ad ejus hæredes: ita & legatarius, ad successores suos operarum legatum transmittit: quæ operæ præstandæ erunt, donec is à quo sunt edendæ, fuerit superstes: nam ejus morte finiuntur. *arg l interdum 34 de oper. lib l.unic. § ne autem. C.de cad tollend.* Goveanus *lib. 1. cap.7.* illam affert rationem, quod ususfructus sit jus personale, operæ non sint: sed magis ex re quæ eas debet, spectentur.

OBSERVATA.

Jus operarum servilium est propria servitus personalis.

Consequens est) Imò accuratè loquendo & ratione objecti *differunt servitus operarum & ususfructus.* Et rectè notat Bach. *hic* Autorem abuti textu *l.4.h.t. Nimirum quamvis fructus hominis in operis consistat & retro in fructu hominis opera sint, tamen opera servi & ususfructus servi non sunt unum & idem.* Sed (1) *hoc illo majus quid & plenius,* (2) *& ususfructus in fructibus consistit & tamen fructus non sunt ususfructus: quia illi corporei, hic vero juris.* Sic & operæ facti sunt, & differunt exactè loquendo ab eo quod servus ex re fructuaria acquirit, §.4.*I.per quas.person.cuique:* unde & is cui operæ debentur, usufructuarius negatur *in l.2.de usufr. leg.* Imò jus hocce operarum *propria servitus est*, ab usu & usufructu separata, *quà ex servi alieni operis omnem utilitatem* percipimus, *per l.1.§.9.ad L.Falc.l.37.de usufr.l.5. l.f.usufruct.quemadmodum caveat.* Fern. Weizenegger

diss.2.c.1.n.12. & seqq. ubi ad longum deducit operas serviles esse servit. personalem, sed à cæteris degenerem. Add.Bachov. *h. in not.* Unde *etiam capitis diminutione vel non utendo non amittitur l.2. de usufr.leg.* Extra ordinem verò hîc constitutum est, *quod legatarius operarum transmittat jus suum ad heredes, d.l.2 de usufr. leg.* legatarius enim operarum usufructuarius non est, & operæ cum usu & usufructu saltem sec. quid comparantur *in l.3. & l.5.h.t.* quos morte ejus quibus competunt finiri tralatitium, §. *finitur l.de usufr.* Neque cum Bach. *in not. h. hic* restringi potest *d.l.2.* ad casum ubi legatarius operarum ante constitutas operas præmoritur; *quia textus non distinguit, & sufficit hîc natura servitutis operarum propria, etiam hoc nomine ab usufructu & usu diversa.* Add.D.Mautz. *de servit.s.7.*

Eplicat. l.2. de usu & usufr. leg.

TITULUS VIII.

De Usu & habitatione.

1. *Usum similem esse ususfructui.*

NUnc videndum est de Usu & Habitatione, quæ servitutes quoque personales sunt, sicuti ususfructus, cujus quædam quasi pars sunt. *l.per servum,14.§.1.hoc tit.* ut meritò idem jus in parte, quod in toto, servetur, *l. quæ de tota de rei vend.* Constituitur autem usus sine Fructu, ut quis utatur re ad suas necessitates, non vero fruatur ad utilitatem: *l.2.l.per servum 14.§.1 l plenum.12.h.t.* & iisdem omnino modis, quibus ususfructus, constitui ac desinere solet, *d.l.1.in prin.Inst. eod.*

2. *Quid contineat usus.*

Itaque cum Usus non omne omnino emolumentum, quod quoquo modo ex quaque re percipi potest, sed tantum quantum opus est ad victum utenti, comprehendat, ut ante diximus: *ad tit. de usufru.* consequens est, cui usus relictus sit, cum Uti posse ad subsidia vitæ, Frui vero non posse, *l.1 h.t.* Unde usu ædium legato, habitare cum conjuge & familia parentibusque, & inquilinum quoque recipere, dum ipse inhabitat, usuarius potest. *d.l.2.3.4.5 6.7 hoc tit.* Locare vero seorsum aut concedere habitationem sine se, aut usum vendere, permissum non est: *l sed neque 8.l si habitatio 10 in fin. h.t.* cum hæc omnia, quantum ad fructus ipsos attinet, usufructuarius facere queat. *Instit.eod in princ vers.nec ulli* cujus ea est ratio, quod ad usufructuarium omnis rei utilitas pertineat: usuario tamen id tantum sit concessum, ut pro conditione suæ personæ re utatur. Quod si locare alii seorsum vel vendere jus suum habitandi posset, jam uti domo ad necessitates suas, contra naturam usus, desineret. *d.l plenum § equitii 3. & § si usus 4. in verb quemadmodum enim concedere alii operas poterit, cum ipse uti debeat* Paria in constituto cæterarum rerum usu dicenda sunt: verbi gratia, si usus fundi relictus sit, potestas habitandi, deambulandi, utendi etiam fructibus naturalibus, ut pomis, floribus, lignis, fœno, &c. quatenus ad quotidianum victum opus est, facta videtur. Domino autem fundi in serendo, excolendove impedimentum esse: aut fructus industriales, ut vinum, frumentum, &c. ejus sumptu atque facto provenientes, decerpere, & alienam in messem falcem immittere, usuarius non debet, *d. l. si habitatio §. fin. cum l seq. h t.*

3. *Quando ususfructibus continentur.*

Usus tamen nomine, aliquando & Fructus continetur, quoties ex verbis testatoris vel rei natura, vel conditione legatarii, id fieri oportere ratio suadeat. Unde usu sylvæ legato fructum quoque legatum videri, Adrianus rescripsit. *l divus Adrianus 22. hoc tit.* quia nisi liceret legatario cædere sylvam & vendere, quemadmodum fructuario licet, nihil haberent essent ex eo legato. Cædere igitur, & vendere, non quidem sicuti plenus usufructuarius, sed pro ratione & modo sui usus, poterunt.

Nam & alias quamvis usuarius alii usum concedere prohibeatur: tamen minime illi invidendum est, si eos fructus, quos ad usum & necessitates suas percepit, vendere velit. *argumento d.l. plenum. §.fin cum l seq hoc tit.*

4. *Quare frui pro parte, non uti possumus.*

Porro illud notatu dignum est, quod usus pars legari nequit. Frui enim, ut J C. loquitur, pro parte possumus, Uti pro parte non possumus, *l.usus 19.h.t.* Differentiæ ratio est, quod ut ipsi fructus divisionem admittunt (licet enim fructuum partem tantum recipere) ita & effectu ususfructus: at usus cum ad victum quotidianum, necessitatesque vitæ tolerandas referatur, sub partitionem non cadit: quia partim vivi nequit.

5. *De habitatione.*

Quod ad habitationem attinet, hæc & usus ædium, idem effectu fere sunt, nullus enim est alius propemodum ædium usus, quam habitatio, cujus gratia extruuntur. *d l. si habitatio 10.h.t. Cic lib.1 off. vide quæ dixi Inst eod.* Si cui tamen habitatio legata, vel alio modo constituta fuerit: neque usus, nec ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus constitutum videbitur. *§. sed si cui Inst. eod.* Differt enim in hoc ab usu, quod hic in Jure, habitatio vero in Facto consistat: cui usus constituitur, illi jus servitutis competat: in habitatione vero solum habitandi factum insit: unde nec capitis diminutione: neque non utendo, quemadmodum ususfructus & usus, amittitur, *d l si habitatio.*

6. *Habitationem non utendo, aut capitis diminutione non extingui, sed morte.*

Habitatio enim nulla intelligitur, nisi vere habitetur. Unde quod non est non utendo, id est, non habitando, nullo modo potest amitti. *d.l. Sempronius. de usu & usufr lega.* Pari ratione Capitis diminutio habitationem non extinguit: neque Præteritam: quia cum habitatio ipsa perceptione & singulis momentis quibus habitamus, consumatur, desiit esse in rerum natura: neque Futuram, quoniam nondum existit: quod autem non est, perire nequit, ut paulo ante diximus. Morte tamen corrumpitur: quoniam personalis est habitatio & factum ejus cui competit, videlicet Inhabitationem, omnino sequitur.

7. *Quod usu habitationis.*

Eaque de causa olim nonnullis J. C. visum fuit, habitationem alteri non posse locari, aut quoquo modo cedi: *l si habitatio. 10 .hoc tit.* quod nimirum jus nullum existat habitationis, nisi in ipso ejus facto cui constituta est Sed postea Justin aliorum sententiam secutus, *l.1 inst commod* quo plenius esset habitationis jus, locandi facultatem concessit. *l cum antiquitas 13.C. de usu & habitat.* Ultimo sumus admonendi, dominum proprietatis debere causam habitantis, aut usuarii, nullo modo facere deteriorem: facit autem deteriorem, etiam in meliorem statũ re commutatá, *l.fin. hoc tit.* Et rursum si plus utatur usuarius quam oportet, officio judicis continetur, ne aliter, quam debet, utatur. *l. pen in fin h.t.*

OBSERVATA.

Usu sylvæ legato inest & fructus.

N. III. *Unde usu sylvæ legato*) Usus hîc est *jus utendi re aliena salvâ substantiâ.* Quoad usum sylvæ legatum distinguit Gl. *in all.l.22.h.t.* (quam multi sequuntur,) inter sylvam *remotam & propinquam,* & *d.l 22.* ad remotam restringit. Verum rectius W'esenb. per illum textum generalem affirmat generaliter, *quod usu sylvæ legato, liceat & cædere, & vendere ut usufructuarius,* quod alias usus sylvæ exiguam conferret utilitatem, & legatum sine natura fructum contineat: quando & usus pecuniæ est ejus ususfructus, *l.5. §.2. de usufr. ear.rer. quæ usu cons.* Non dubitaverim tamen, quin usu sylvæ legato his verbis: zu nothwendigem Fewerholtz oder Bitterholtz/ non ususfructus sed usus relictus censeatur, ita ut usuarius ea uti debeat tantùm pro necessitate familiæ. Conf.quoad alia Bachov. *in not.* Cæterum Usus semper minus est quàm ususfructus, & in rei commoditatibus quotidianis percipiendis duntaxat consistit. Adeoque ut proprietas rei circa substantiam ejus, juxta physica principia, versatur, & ususfructus circa ea quæ proximè ex substantia procedunt, ita usus eorum propriè est quæ tertio loco à substantia absunt, & in externis rei commoditatibus consistunt. Habitatio hîc est *jus habitandi in alienis ædibus, salvâ earum substantiâ, arg.l.10.h.* jus dici potest strictius, tantum in habitandi causa facto cõsistens, *arg.§.f.verb.aliquod jus de usu & hab.* diversum ab ædium usu, *d l.10.h.l.10.de cap.minut. & q.usus.* Add.Bachov. *Inst.h.t.* Juxta quæ *pronunciarunt ad requisitionem Senatus Secensis Dom. Antecessores Facult.*

Usus diff. à cæt.person.

Habitatio tantum in facto habitandi est

Facult. anno 1621.13. *Aug. verbis:* das Hansen Peters Wittib/ vermög obgedachter Beylage/ nicht weiter dann zur Wohnunge/ nicht aber zu haltung Viches/ wie auch miethung und einbringung futters in die Scheuren/ berechtiget sey. Solte aber der angezogene Besitzer ihr der Witwen beschwerlich seyn/ das sie die Wohnung nicht wol haben könte/ so wäre er schuldig ihr ein anders nach nothurfft zu verschaffen/ oder aber sie an statt derselben mit Gelde abzufinden. V.R.W. Conf. Wezenbegger. *d. tr. diss.* 2.*c*.9. D. Mantz. *de serv. pers. tit.* 8.

TITULUS IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

1. *Quare in stipulatio sit haec cautio.*

HAc de causa rectè à Prætore provisum est, ut legatarius, vel is cui alio modo constitutus esset ususfructus aut usus, de utroque caveret: & usurum se boni viri arbitratu: & cum ususfructus ad eum pertinere desisset, Restituturum quod inde extabit. *l.* 1. *in prin. h. tit. Paul. lib.* 3. *tit.* 6. *& lib.* 1. *tit.* 11.

2. *Quid insit in cautione.*

Hæc stipulatio duas habet causas: unam, si aliter quis utatur, quam Vir bonus arbitrabitur: id est, si non præcipiat boni viri arbitratu, & deteriorem causam ususfructus faciat, cæteraque non faciat quæ in re sua faceret *d. l.* 1. § *cavere.* 2. aliam, De usufructu restituendo: quarum prior statim committitur, cum aliter fuerit usus: Utilius enim visum est, non expectari dum ususfructus finiatur: & sæpius committitur, toties videlicet, quoties mens re abutitur. Sequens vero committitur finito demum usufructu, *d. l.* 1. *§ ult.* Rectè autem facient hæres & legatarius, si Quales res sit, cum frui incipit usufructuarius, in testatum redegerint: ut inde apparere possit, an & quatenus pejor facta sit. *d. l.* 1. § *rectè.* 3.

3. *Quando cautum oporteat: & quomodo.*

Hac stipulatione etiam continetur, Dolum malum abesse, abfuturumque esse. *l.* 5. *h. t.*

Nec solum satisdare jubet Prætor, cum ususfructus legatus aut aliter constitutus est: sed etiam cum vel usus sine fructu legatur. *l. usu* 11. *h. t.* ut cum de solo usu cautio fiat: vel contra fructus sine usu: puta vel quia testator simpliciter fructum legavit, nulla usus mentione facta: quod perinde est atque si utilem fructum legasset: *l. per servum* 14 § 1. *sup. h. t.* vel quod vere fructus non jure servitutis (nam fructus sine usu esse non potest, ut sit videlicet servitus) sed legati obtigerint: ut in reditu prædii vadere licet, cum vindemia legatur aut messis. Sed etsi habitatio, vel operæ hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, licet per omnia hæc usumfructum non imitentur, nihilominus tamen cogendus erit legatarius cavere, *d. l.* 5. *tum l. seq.* aut actiones quibus ad id compellatur, suscipere. *l. si ususfr.* 9 § 1. *de a.* Cautio autem non de Nuda promissione intelligatur, *ut in l.* 2. *C. de ver. sig. & sup. qui satisd. cog.* sed datis Fidejussoribus. *l.* 4. *ubi glos. C. de ususfr. hi verb. datis fidejussoribus qui satisd. cog.* siquidem habere possunt. Si vero nec fidejussoribus neque pignoribus ob inopiam cavere usufructuarius queat, æquius est eum ad Juratoriam cautionem admitti: *Auth. generaliter C. de episc. & cleric. C. 3 n. Bald. Castr. in l.* 4. *C. de ususfruct. Ang. in princ. Instit. de ususfr. gl. ff & Dd. in c. qua fronte de appell. Bal. & Jas. in Auth. cui relictum C. de ind. vid. tollen.* etiamsi hoc in disceptationem à nonnullis, atque dubium vocetur. *gl. & Bart. in d. l.* 4.

OBSERVATA.

Æquitas & effectus h. cautionis actio ex stipulatu.

N. I. *Hac de causa*) Æquissima hæc cautio Prætori visa est, *l.* 1. *h.* tendit enim sec. principia cautionalia, ad proprietarii securitatem, de utendo boni viri arbitratu, juxta princ. œconomica & restitutione rei quoad substantiam, si ususfructus finiatur, *d. l.* 1. Et insignis hujus cautionis *effectus* est, quod inde descendat *actio ex stipulatu,* quæ datur *Domino proprietatis (vel heredi) qui stipulatus est contra usufructuarium (si ipse pignus dedit vel juravit,) vel fidejussorem ejus, ad æstimationem eius in quo usufructuarius causam ususfructus aut rem fecit deteriorem, nec non ad restitutionem rei usufructu finito.* Vid. Oldend. *class.* 3. *act.* 6.

Usufructuarius tenetur conficere inventarium.

N. II. *In testatum redegerint*) h. e. *inventarium* fecerint. Tenetur enim usufructuarius in bonis patert. sec. œconomica princ. inventarium conficere, *per d. l.* 1. §. *rectè h. t.* ut possit tempore restitutionis inde apparere quid acceperit, quid restituendum, atque an, & quatenus rem pejorem fecerit, quod alias non possit fieri æstimatio rerum; unde dicunt Dd. *Inventarium esse necessarium antecedens ad cautionem præstandam.* Hocque non modò verum est de usufructuario *omnium bonorum,* sed & *de quota eorum parte,* & aliis servitutem personalem habentibus. Notandum tamen hic quod ejusmodi inventarium non necesse sit facere *sec. solennitatem inventarii heredis in l. f. C. de J. de lib.* sed sufficiat si fiat *aliqua descriptio vel designatio bonorum.* Vid. Roland. à Valle *tr. de Inventario q.* 36. *p. m.* 48.

Nec tamen solenne.

Præstat & Cautionem, ad quam cogi potest, Qui ab ea immunes.

Cogendus) Cogere potest hæres *eum cui servitus personalis legata,* ad cautionem præstandam, nisi velit eam *remittere,* vel nisi ejusmodi persona sit quæ à cautionis præstatione atque redditione rationum jure singulari sit *immunis,* ut *Pater* habens usufructum bonorum adventitiorum liberorum, *l.* 8. § 4. *C. de bon. quæ lib.* nisi subsit suspicio dilapidationis, nec habeat is bona immobilia. Quibus conformiter responsum à Coll. Jur. Helmstad. Matthiæ Bortmeman Quedlinburgum, d. 29. Apr. 1607. verb. und wenn ihr solche Güter an stücken und substantz in bleiblichem Wesen erhalten; seind ewer Kinder Freunde euch ein mehres und was auß dem usufructu auffkompt uff Zinse zu legen oder davon Rechnung zu thun/ anzumuthen nicht befugt. V. R. W. Idem in *Fisco* obtinet, *arg. l.* 1. § 18 *ut legat. nom. cav.* item in *donatore* qui omnia bona donavit relicto sibi usufructu, Dd. *in l.* 62. *de adil. Edict.* Et hinc patet quoque hanc cautionem *non esse de substantia ususfructus.* Sed Q. *An eadem remitti possit à testatore in testamento?* Negant id Dd. commutatione ducta à defectu potentiæ hominis (testatoris) in re cujus proprietatem alicui legavit; & per *l.* 6. *ut in poss. legat. vel fideic. l. pen. C. eod. l.* 1. *C. h. t. junct. l. nemo potest. de R. J.* vid. Gail. 2. O. 145. Cui confirmando addimus Responsum *modo laudatæ Fac. anno* 1607. 21. *Dec.* an Detloff Bruchtorff in Windebin. verb: wann Detloff Rantzowen Wittib/ ewer Kinder Großmutter/ nach inhalt mehrberürtes Testaments/ beym usufructu der sämbtlichen Güter solte gelassen werden: ist sie uff dem fall eingebürliche cautionem usufructuariam, dessen ungehindert das der testator ihr dieselben erlassen/ zu bestellen schüldig/ oder können uff endliche ihre verweigerung solche Güter ad sequestrationem gebracht werden. V. R. W.

Testator eam non potest remittere.

An & quomodo locus sit cautioni juratoriæ.

Quod si tamen usufructuarius ex inopia nec fidejussores nec pignora habere possit, indistinctè, ceu vult Wesenb. ad jurat. caut. non est admittendus. Sed distinguendum *utrum sit bonæ vitæ, & bona possideat, an vero non.* Priori casu ad juratoriam admittendum non dubitarem, per *l.* 1. § 2. *C. de assert. toll.* Posteriori casu *restrictè jure,* & si proprietarius nolit remittere cautionem, *privatio ususfructus locum habet;* quod hic non possit præstari cautio idonea, *arg.* § 2. *I. de ususfr.* Attamen benignius & *æquius videtur,* ut dominus proprietatis prædium ad se recipiat & usufructuario loco ususfructus aliquid solvat; vid. Mynf. 6 *obs.* 48 *n.* 8. Sed cum hancce quæstionem latissimè posthæc scripta tractatum viderem ap. D. Mantz. *h. tit.* 9. eo nunc me remitto. Cæterum cavere debet & usuarius, & is cui habitatio vel operæ relictæ fuerint, vel fructus sine usu, *l.* 5. § 1. *h. l.* 5. § 3. *eod.* D. Mantz. *d. tr.* [illegible] 9.

DIGESTO.

DIGESTORUM LIB. VIII.

TITULUS I. C.3.34.

De Servitutibus.

1. *Commendatio & distributio hujus materiæ.*

SErvitutes aut Personarum sunt, ut Usus, Ususfructus, Habitatio: aut Rerum, ut servitutes Rusticorum prædiorum & Urbanorum, quæ propriè servitutes dicuntur, ut ex inscriptione hujus tituli patet. Ac de illis quidem hactenus, nunc & has exponamus, primo quidem generatim, *ad hunc t.* post per species, *ad tit. de ser. urb præ. & de ser. rust prad & com. d. servit.* tum quomodo petantur: *ad tit. si ser. vend.* postremo, quibus modis amittuntur, *ad tit. quem. ser. amit.*

2. *Quod sit servitus realis.*

Porro, ut a definitione ordiamur. SERVITUS EST JUS AGENDI, HABENDIVE ALIQUID IN FUNDO ALIENO AD SUI PRÆDII UTILITATEM, QUOD JURE COMMUNI AGERE, HABERE NON LICET. Dico, JUS AGENDI HABENDIVE: nam si neque agatur, nec habeatur quippiam in fundo alieno, jam inutilis futura est servitus, ut post videbimus. Additur, IN FUNDO: quia sine prædiis hæc servitus constitui aut esse nequit: *l. ut pomum 8 l. quoties 15. h. t. l. 1. infr. com. prad.* & quidem alieno: nam res sua nemini servit *l. in re 26 infr t. 11. l. uti 5. si usus fruct petat. l. cum essent 33 § fin. de ser. rust. pra.* sed prædiorum oportet alterum esse quod debeat servitutem, cujusque dominus patiatur aliquid fieri in suo fundo, aut non fieri: *d. l. quoties h. t.* alterum cui debeatur, quod Dominans prædium vulgo dicitur, *Dd. hic:* Atque hinc est quod, cum prædiis inhæreant hæ servitutes, nominentur Prædiales, *l. 1 infr. communia prad.*

3. *Servitus ... utilitatem ...*

Merito autem subjiciunt, AD SUI PRÆDII. videlicet dominantis, UTILITATEM: nam de eo quod nihil interest, neque utilitatem prædio præstat, servitus prædialis non constituitur: veluti si stipulet: ne per fundum tuum eas aut ibi consistas, aut mihi concedas jus tibi non esse illo fundo uti frui, nihil agitur: *d. l. quoties in princ.* nec enim meo prædio commodat utarean non: nec tuo in prædio jus ullum constituitur, ut prædialis hæc dici servitus non possit: quanquam nec personalis sit, cum nihil personæ, cui constitutio sit, præstetur. Oportet igitur, ut mihi jus agendi vel habendi aliquid in tuo fundo ad mei prædii utilitatem constituam: non vero, ut te citra ullum meum commodum agere, facere quid vetem. Idenim esset invidentis rebus alienis, non sibi commodantis: nec in hoc jura prodita sunt, ut quis, cum sua nihil intersit, alii quippiam auferat, vel contra humanitatem sit detrimento *§ alteri 5. si quis Inst. de inutil. stipul. l. si sup de pact. ubi Dd. l. quacunque 10 de n. lib. l. in fundo 32. de rei vind.* Adde, quod ipsum nomen servitutem indicat, eam ad commoditatem ejus, cui debetur, pertinere. Servire enim id dicitur, quod alii cui servit, commodat: ut ea verbis illis Ciceronis apparet: Servitum mihi, & consulere in meis. Pertinere ergo ad utilitatem prædii dominantis servitus debet: *l. ergo 5. l. ex meo 24 l. qui duo prædia 30. inf. de ser. rust prædior.* aliàs qui nihil agitur, ad est, constitui servitus non potest, ut inquit J. C. Hinc fit, ut necesse sit vicina esse prædia, in quibus servitus constituitur: cæteroquin nihil interest servitutem imponi. *l. si ædes 17. cum l. seq. infr. tit. 11 l. Mela 14 § quidam 2. de alimentis legat. l. quæ sella 7. h. fin. de serv. rust prædior.* Et sortassis hinc etiam est, quod ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut cœnare in alieno possimus, servitus scilicet prædialis imponi nequeat: *l. ut pomum 8 h. t.* quoniam hæc magis ad voluptatem hominis, quam ad veram utilitatem prædii comparantur. Quanquam & illud dici recte potest, non prædio, sed homini servitutem hoc modo constitutum iri: quod omnino in istis prædialibus fieri nequit, ut vel ipsum nomen est argumento *l. 1. inf. commun. prædiorum.* Sane quamvis revera nullam utilitatem servitus apportet, tamen si existiment constituentes fore illam utilem, veluti, si aquam alicui ducere non expediat, servitus ea utilis erit. *l. et fundo. 19. h. t.* Contractus enim initium, & mens contrahentium est attendenda. Postremo additur. QUOD JURE COMMUNI AGERE NON LICEAT. Nam si quid communiter permissum sit, de eo servitutem velle constituere, perquam foret absurdum.

4. *Definitio Dd. improbatur: & divisio servitutis.*

Doctores ita SERVITUTEM definiunt, ut sit JUS QUODDAM PRÆDIO INHÆRENS, QUOD DOMINANTIS UTILITATEM AUGET, SERVIENTIS LIBERTATEM MINUIT. Sed præterquam quod ea definitione non declaretur, quale sit jus servitus: verum quoque non est, diminui semper libertatem sive jus prædii servientis: potest enim utrique fundo servitus esse commoda. Deinde sunt jura quædam ejusmodi prædiorum, quæ tamen servitutes non sunt: *l. 1. 4 fin de aqua pluv. arcen.* ut definitio latior hic sit definito. Prior igitur illa, quam retulimus, potior videtur, & probabilior. Servitutum alii tres, alii quatuor, species constituunt *gl. Bart. & Dd. in l. 1. h. t. Capoll. de serv. c. 1. J. C. l. 1. h. t.* tantum duas alias enim (inquit) sunt servitutes Prædiorum, aliæ Personarum. Personales esse judicantur, quæ ad usum personæ: *l. usus 22. & plen. ad. l. divus 22. de usu & hab. l. Lucius 37 de ser rust prædior. Cyn. in l. ult. n. 3. C de præscript. long temp Bald in l. 1 n. 2. & l. ut pomum h. t.* Reales seu prædiales, quæ ad utilitatem prædiorum constituuntur. *l. 2. 3. 4. 5. de serv. rustic prad gl. in l. 1. § ult. ver. computanda eod. titul Cast in l pecoris. eo titul Angel. in § ult. Instit eod dicens hanc esse communem Capol de ser. real cap. 2 n. 6. & de ser rustic. prad cap. 4. & cap. de aqu ductu nu 5. & 6.* De personalibus supra dictum est, quas omnes esse continuas exposui. *Bart. in l. justo. § non autem de usucap. Capol de servit. cap. 19.* In prædialibus autem est: quarum nonnullæ sunt Continuæ: videlicet aut actu, aut potentia: quædam Discontinuæ, quarum scilicet usus per solam operam humanam habetur: quæ quando nequeat in continuo & perpetuo esse exercitio atque actu, discontinuam efficit servitutis causam. *Dd in l servitutes 14. hoc t. & in l. foramen 27 infr. tit. 11.* Est & illa divisio a Dd. tradita, alias esse servitutes Nominatas, quæ scilicet nominatam & certam juris speciem habent, alias verò Innominatas, quæ singularem formam, certumve nomen non habent. *gl. in l. 1. verb. computanda de servit. rust prad. Bald Dd. in. l. ult. C de usufruct. Capoll tract servit cap. 19.* item alias Dividuas habent, alias Individuas, *l. 1. § si ususfructus ad l. Falc. l. stipulationes 72. ubi Dd. de verb oblig. Capoll. de ser. cap. 10. Duar. disp. lib. 1. cap. 39. vid. Iaf. in l. 2. § & harum n. 2. de verb oblig.*

5. *Quomodo constituantur servitutes.*

Constitui servitutes Pactionibus inter Vivos, & Ultimis voluntatibus ab his qui jus constituendi habent, *l. qui per 16. l. potest 15. cum prædio § fin. Inst. eo & de usu vult. in princ. Cap. tract. ser cap 19.* dubium non est. Constituitur etiam & acquiritur hodie (nam olim contra fuit. *l. si alienam 10. § hoc jure. de usucap. vide infr tit de usucap*) servitus Præscriptione longi temporis, exemplo rerum immobilium: *l. fin C de præscr long. temp. l. 2 C de servit Dd in l. servitutes 14 hoc t.* quando scilicet cum titulo possidetur: ut quia jure constituta sit à non domino. *Cyn & Castr. in d. l. 2. per l. fin. C. de long. temp præscript. Capoll. de serv. urb cap 2.* quando vero sine titulo, scientia & patientia domini opus est, *d l 2 C de servit* quæ sit loco tituli, *l. si quis 10. si ser vind* ad usucapionem longi temporis complendam: nam ad præscriptionem longissimi temporis, seu 30. annorum complendam, neutro est opus *Capoll de ser. urb prædior. cap. 20. per doctrinam Cast in d. l. 2. vide Franc. Balb tract. præscript & l. Celsus 27 de usucap.* Et hæc in continuis servitutibus obtinent. Nam discontinuæ non præscribuntur, quia præscriptio continuam possessionem, quæ hic nulla habetur, exigit: tanto tamen tempore cujus initii memoria non superest: *l. servitutes 14 ubi Dd h. t. Capoll. de serv urb c. 19.* velut privilegio quodam has etiam acquiri volunt. Sed & jure Sax. indistincte omnes 31. annis acquiruntur. Et hæc quidem ita recepta sunt. & communibus calculis approbata, in foro quoque frequentantur, *Gud. Pap. decis 573.* Quæ si quis ad veritatem juris limare ac exigere velit, profecto reperiet, hanc distinctionem neque jure nec firma ratione ulla probari. Omnes enim servitutes, natura sua continuam causam habere debent: *l. foramen 27. de servit. urb prad* quæ quidem servitutis natura seu potentia quandocunque libet utendi, vel ipsis testibus Doctoribus *Alex. consil. 16. in causa num 13. vol. 5.* magis consideratur, quam continuitas actus: sufficere enim debet Posse quem uti, & actum servitutis Semper posse existere *d. l foramen.* Præterea cum lapides cædere in alieno fundo, sit actus discontinuus & servitus discontinua: tamen eam consuetudine acquiri debitum est, *l venditor. 15 § si constat. com prad.* atqui consuetudinem longo tempore etiam in servitutibus *l. 1. C. de servit.* induci, ab omnibus est traditum. *Bart. n. 14. Iaf. num. 43. 85. &*

alii

Ubi in l. de quibus. sup. de leg. per l. 1. & 2. C. quæ sit long. consuet. l. sed et. 34. de legib. Quod si fateantur consuetudinem, quæ & ipsa actus habet discontinuos, nec cohæret personis longo tempore, maxime in servitute cædendorum lapidum discontinua, præscribi: cur idem in cæteris id genus servitutibus prædialibus negaret? Nam quod ajunt, consuetudinem in tacito Populi consensu fundari, eoque esse continuam: an non idem obtinet in servitutibus, *d. l. venditor. §. si constat.* quarum usus patientia & taciturnitate domini firmatur? *l. 2. C. de servit.* Quid verò ad jurisdictionis præscriptionem dicent, quam constat & fatentur ipsi longo tempore compleri *l. veros C. de divers. off. lib. 12. l. 2. C. de fund. limit. lib. 11. l. 3. C. de emancip. lib. c. cum contingat de for. comp. c. 1. § irrefragabili, de off. ord. Dd. in l. 3. de jurisd.* & tamen certum est, cohærere jurisdictionem territorio, *l. 3. ubi Bald. num. 2. C. ubi & apud quem.* & absque hoc per se non præscribi? *Bald. in d. l. 3. numer. 23. per l. longo de divers. & temp. præscript. junct. l. 1. & l. quemadmodum C. de agric. & cens. lib. 11.* ut illud effugium distinctionis inter servitutes Personales & Reales hic sufficere non possit: quanquam operæ pretium est videre, quale illud tandem ut distinctionis genus. Aiunt *Bart. in d. l. justo. §. non mutat. de usucapio. Capoll. de ser. cap. 19. Cyn. in l. 2. q. 6. C. eo.* servitutes personales, quamvis actus habeant discontinuos, tamen continuas esse: quia ab animo hominis continuo possidentur: id quod concedatur sane: *l. 3. § saltus & §. in amittenda l. si id quod §. fin. l. clam possidere §. 1. de acqui. possess.* sed idem in realibus servitutibus verum esse, qui negari potest? Cum enim etiam in his actus præscribentis, & animus sit continuus, singularium actuum discontinuitas attendi non debet, *Alex. cons. 16 in causa num. 19. vol. 5. per d. l. foramen.* Nam si illa differentiæ ratio, quod personales personæ debeantur, eoque possideantur animo: reales prædio, eoque animo, cujus prædium particeps non sit, possideri nequeant: si inquam ea valeret ratio, jam sequeretur, nullam servitutem prædialem, ne quidem continuam, præscribi unquam posse: quia prædium nec bonam fidem, utpote quæ ab animo dependeat, habere potest: quam tamen in omni præscriptione, saltem longi temporis, qua servitutes continuas acquiri volunt, *l. 2. C. eod.* requiri apertissimum est: *l. si fraude, 6. l. nec bona 10. C. de long. temp. præscript. l. unic. C. de usu cap. transform. l. 4. § de illo de usucap. l. 2. § si servus, pro empto l. 2. l. bona fidei §. in contractibus de acquir. rer. dom.* nec possidere etiam vere potest: non animo, quia nullum habet: non corpore, quoniam alterius fundum occupare nequit; cum corpus ejus immobile ne loco quidem moveatur. Quid? quod cum ab altero, videlicet domino suo, prædium possideatur, certe illud prædium possidere aliquod jus non potest. *l. possessio. 29. de acqui. poss. l. stipulatio 38. § in qui cum § seqq. ubi gl. & Dd. de verb. obligat.* aut si possidere dicendum est, domino profecto possidet: *l. peregrè de acqu. possess.* & is per id quod suum est, possessionem acquirit, & possidere intelligitur: *d. l. possessio. l. 1. § item acquirimus de acq. poss.* atque ita animo continuo eandem possessionem retinere. *l. 3. § quod si servus de acqui. possess. l. placet 79. de acqu. hæred.* etiamsi nec corpore nec actu continuo possideas: quemadmodum & ipsa prædiorum possessio animo continuo retinetur, licet dominus corpore absit, & interdum ipso facto possessionem non usurpet. *l. licet. 4. C. de acquir. & retin. poss.* Quid? quod in præscriptione servitutis, non considerantur servitutes per se, ut jus incorporale continuum vel discontinuum, alioquin 30. demum annis omnis servitus præscriberetur, velut reliqua jura incorporalia: *l. hæreditates. C. de pet. hæred. l. 3. cum ll. seqq. C. de præscrip. 30. an. § si quis per 30. annos si de feud. defunct.* sed ut pars seu accessio rei immobilis: quæ accessio velut ipsa res soli animo continuo possidetur, & proinde longo tempore usucapitur. *l. 2. C. de servit. in ver. exemplo rerum immobilium l. ult. C. de præscr. long. tem.* Illud vero permirum est, cur unico Pauli responso *l. servitutes 14. de servit.* tantopere nostri moveantur, ut in hac sententia tam pertinaciter persistant: cum in eodem responso paulo post: *d. l. servitutes in si prin.* in servitutibus prædiorum urbanorum, quæ tamen ipso etiam actu continuæ sint, idem observari, scilicet. Ut non præscribantur, traditum invenire liceat: & alibi expresse definitum sit. Servitutes indistinctè longo tempore non capi: *l. 4. §. si viam l. si aliena §. 1. de usucap.* nisi cum per usum temporis immemorialis servitus pro constituta, & à domino concessa (ut præscriptionis quæstione opus non sit) habetur. *l. 2. §. ductus aquæ de aqua quotid. & æstiv.* Ut igitur rem in pauca pro instituto nostro conferam, sic statuo: ante Justinianum non potuisse servitutes usucapi & præscribi, nedum discontinuas, *d. l. servitutes 14.* sed ne quidem continuas: *d. l. servitutes 14. vers. idem & in servitutib. prædiorum urbanorum observatur l. si aliena 10. §. hoc jure de usucap. l. servus 43. § incorporales de acqu. re. dom.* non modo reales, sed nec etiam personales, ut usumfructum & similes: *l. justo 44. § non mutat. ubi omnino de hac materia vide Cujac. item. Revard. ad l. Scribon. de usucap.* idque propter legem Scriboniam, quæ ejusmodi usucapionem certis ex causis inhibuit: *l. 4. § ult. de usucapio.* primo favore libertatis, & odio servitutis. Ut enim contra libertatem personarum, servitus nullo tempore præscribitur, *l. ubi cum 6. de long. temp. præscript. quæ pro liber.* sed bene contra servitutem libertas: *l. 1. & 2. C. eod. tit.* argumento à personis ad res ducto, *l. qui furere de stat. hom. l. si quis inquilinos 112. § si ita legatum de lega. 1. l. si quis filio de inoffic. rupt. testament.* visum fuit æquum, ut Prædiorum libertas præscribi posset, servitus non posset: *d. l. 4. §. fin. ubi Cujac. ad verb. libertatem de usucap.* quanquam hac in parte subtilis fuisse videtur apud veteres distinctio: hæc videlicet: ut servitutes rusticæ, velut discontinuæ, & quæ propterea non possidentur. *d. l. servitutes 14. in prin. de servitut.* non utendo amitterentur, *d. l. 4. §. si viam.* eoque illarum libertas præscribi non posset: nec enim earum juncta libertas apud veteres usucapiebatur, quæ non utendo amittebantur. *Paul. lib. Sentent. 1. cap. 17. de servit.* In præscribenda enim libertate, facto opus est ejus, qui servit: ubi vero jus non utendo perditur, nullo ejusmodi facto opus est, sed sola cessatio sufficit ejus, cui servitus debita est *vide Cujac. in l. 4. §. ult. ad verb. libertatem de usucap.* Ex quo fiebat, cum non utendo servitutes discontinuæ perirent, puta ususfructus, *vide sup. quib. mod. ususfructus amitt.* & servitutes rusticorum prædiorum: ut in his præscriptio libertatis, velut supervacua non fuerit admissa: usucapio enim suo genere odiosa est: quare cum alia ratione provideri posset, ne incertæ manerent possessiones, puta cum per cessationem non utentis servitus amitteretur, usucapio non videbatur admittenda. Urbanæ vero servitutes, utpote perpetuo actu continuæ, sua natura non utendo evanescere non poterant, cum in perpetuo usu atque actu esse intelligantur: eoque harum libertas, quandoquidem aliud remedium non superesset, facto ejus, qui eam ex suo prædio deberet, præscribebatur, *l. 5. & 6. de servit. urban. præd. l. si quis alio 18. § ult. quemad. servit. amit. l. 4. § ult. de usucapio.* Verbi gratia, si tignum semel alienis ædibus jure servitutis injunctum fuerit (nec enim pactionibus sed re ipsa constituitur servitutis jus reale) continua est servitus: eoque quamvis tignum eximatur, tamen illa durat, durante scilicet foramine in pariete alieno (nam in suo habere foramen, nihil ad servitutis jus proficit, *l. foramen de servit. urban. præd.*) & non utendo non extinguitur: ea de causa maxime, quod semel acquisita, & continuò possessa sit, ut tempus cessationis, jus illud quæsitum auferre nequeat, cum tempus non sit modus tollendæ istiusmodi continuæ servitutis *l. 4. hoc tit.* Quare hoc casu opus est præscriptione libertatis ex aliquo facto ejus qui servitutem debet: puta si foramen in suo factum obstruat, aut dominum, cui servitur, deinceps ea servitute uti vetet: isque in ejusmodi prohibitione facta per legitimum usucapionis tempus acquiescat: *Jas. in l. quo minus, de fluminib. l. 2. ubi Dd. C. de servit.* At quod olim sufficiebat biennium, quo res immobiles usucapiebantur: *in princ. Instit. de usucap.* hodie vero opus est decennio: quod à Justiniano, in reb. soli, & quæ his cohærent juribus, velut servitutibus, est introductum, *l. pen. C. de servit.* Justinianus enim, longo demum tempore usucapi res soli voluit: quarum exemplo & servitutes, velut jura his rebus inhærentia, semper eodemque tempore præscribuntur. *l. 2. in verb. exemplo rerum immobilium, C. eod.* Altera ratio legis esse potuit, quod servitutes non per se, sed tantum cum ipso prædio possideantur: *d. l. servitutes 14. d. l. 4. §. si viam de quo Govean. l. obs. lib. 1. cap. 14. ex l. 1. de usufruct. lega.* eoque per se nec possideri, neque in bonis esse intelliguntur, *l. 1. de usufr. lega.* cum autem sine possessione non procedat usucapio, *l. sine 25. de usucap.* non videbatur esse consentaneum, ut per se servitus usucapi posset. Tertia, quod jura incorporalia olim neque traditionem reciperent, nec usucapionem: *l. servus 43. §. incorporales de acqui. rer. dom.* unde & actiones, quæ legibus certis non erant conclusæ, perpetuo dabantur, *in prin. Instit. de perp. & tem. actio. ubi dixi l. si mulier 21. §. 1. quod. met. caus.* donec sacris constitutionibus ad 30. ann. sunt redactæ. *l. 3. cum seq. C. de præscrip. 30. ann. in prin. Instit. de perp. & temp. actio.* Cum itaque servitutes quoque jura sint incorporalia. *in princ. Instit. de reb. corpor. & incor.* meritò juxta horum naturam atque regulam, *d. l. servus. §. incorporales.* usucapioni & illæ eximebantur. Quarta ratio maximè in servitutibus rusticorum prædiorum valebat: quod scilicet usus earum non esset continuus *d. l. servitutes 14. h. t. l. cum usufruct. 13. de usu. & usufruct. lega.* ut continuo possideri quadam juris subtilitate non viderentur: & proinde nec rectè usucapi possent, cum absque continua possessione, nulla usucapio compleatur, *l. 2. l. nemo. 10. C. de præscriptio. long. temp. c. illud 8. de præscript. l. 3. in verb. per continuationem possessionis de usucap.* Sed hanc solam rationem non satis fuisse idoneam, nec per se valere oportere, ex eo intelligi potest, quod (ut ante dictum est) non modo discontinuæ, sed etiam continuæ, maxime urbanæ servitutes lege Scribonia, deinde omnia & qualiacunque jura incorporalia, prohiberentur usucapi. Quanquam autem hæc legis Scriboniæ prohibitio, ætate veterum J. C. h. e. Severi & Alexandri Severi temporibus, quibus præcipui J. C. de quorum responsis Pandectæ confectæ sunt, floruerunt,

fuerunt, fuit usurpata: *l. si aliena 10. §. 1. in verb. hoc jure uti mur, de usucap. d. l. servitutes 14 in verb. idemque observatur. h. t.* nihilominus tamen sciendum est, tempore immemoriali potuisse etiam tum jura incorporalia, & in his servitutes acquiri *l. 3. § ductus 4. de aqu. quot. l. 3. de loc. & itin. pub.* non jure præscriptionis, sed jure constituti: *l. 2. § ductus aquæ de aq. quot. & æst.* quod ex usu tanti temporis præsumatur, initio servitutem pactione, & domini fundi servientis voluntate fuisse constitutam. Vetustas enim vicem legis constitutæ conventæque, quam quisque rei suæ dicere potest. *l ob res 20. de pact. dot.* obtinet: *l. 1. §. fin. de aq. pluv. arcen.* & cum ignoretur principium ejus usus, qui tam longissimo tempore duraverit, *l. si arbiter de probat. d. l. 3. de loc. & itiner. pub.* meritò præsumitur is bono principio atque titulo, h. e. concessu & voluntate domini, constituta pactionibus servitute, inductus esse: cui præsumptioni jure statur, cum probari contrarium in re immemoriali non possit. Deinde & illud tenendum est, quibus in rebus jure veteri non currebat usucapio, ut stipendiariis, tributariis &c. in iis possessionis nihilominus possessionem longo tempore continuatam, solere præscriptionibus sive exceptionibus, *l. 45. in princ. in verb. præscriptio longæ possessionis, item occupanti datam exceptionem, de usucap. l. emptor 9. C. de long. temp præscript. vide quæ dixi Inst. de usucap.* ac etiam utilibus actionibus datis defendi, *l. 3. & tot. tit. de divers. temp. præscrip. l. 2. C. de præscript. long. tempo.* atque ita longo tempore servitutes utiliter quæri. *l. 2. 3. C. eod. l. si quis. 10. si ser. vin.* ex quo factum est, ut etiam apud veteres, possessio, vel potius usus & consuetudo, *l. servitutes 19 in verb. habenda consuetudine de ser urb. præd. l 1. in verb. longi temporis consuetudinem C. de serv.* vel quasi possessio *l. si quis 10. in princ. si servitus vindicet.* servitutis, longo tempore, hoc est, decem annis inter præsentes, 20. inter absentes, *Paul. lib. 5. sentent. tit. u l. 2. C. de servitut. Cujac. ad leg. 4 § ult. de usucap.* usurpata, quamvis non usucaperetur, tamen propter diuturnam possessionem defenderetur: *d. l. servitutes 19. d. l. si quis. 10. l. 1. 3. 4. ultim. de aqua pluv. arcen. d. l. venditor. §. si constat.* ita ut vicem servitutis effectu, ea possessionis vel quasi consuetudo obtineret: *l. 1. C. de servit.* adeo ut & Utiles actiones hoc nomine & Publiciana. *l. cum sponsus 14 §. in vectigalibus de Public. in rem actionibus.* possidenti darentur: *d. l. si quis 10* dum tamen non Vi, nec Clam, neque Precario ab alio usus esset *d. l. si quis 10* (quibus tribus modis mala fide possidetur, *l. Pomp 11 § 1. de acquir. poss.*) & continuata esset per longum tempus possessio. Quod adeo verum erat, ut licet vectigalia prædia & tributaria non usucapiantur, quod pleno Quiritium jure non possiderentur, præscriptione tamen illa defendatur eorum possessio. *l. si fundus 15. § si de vectigalibus, de damn. infect. l. cum sponsus 13 § in vectigalib. de Public. in rem action. Cujac. in d. l. 4. §. ult. adde Inst. de usuca.* Ac quamvis alias præscriptio longæ possessionis, ad obtinenda loca publica (quia hæc non modo usucapi, sed ne possideri quidem privatim possunt) concedi non soleat. *l. 45 in princ. de usu.* tamen in his aliquod jus (quod in dominio privato possessioneque esse potest) occupanti, detur exceptio illa, Quamdiu scilicet occupatum id tenet, *d. l. 45. in verb. occupanti datam exceptio* ut si quis in littore habeat quid ædificatum, aut pluribus annis in diverticulo fluminis publici, quod privatim acquiri potest, *l. 1 & tot. tit. de fluminibus* sit piscatus: utitur enim exceptione, quamdiu occupat. sed ædificio diruto, aut postquam piscari desiit, alterum eodem jure uti prohibere nequit, *d. l. ultim.* non enim ex sola facultate & usu piscationis, inducitur possessio alios excludens, cum res sit meræ facultatis, ut uno desinente piscari (qui in sua occupatione, quamdiu piscatio scilicet durat, non est impediendus; cum hic locum habeat regula: Qui prior est tempore, potior sit jure, *l. 2. C. qui pot. in pign.*) alter quominus ibidem piscetur, prohiberi non possit: nisi prohibendi jus, & possessionem pluribus annis, hoc est, longo tempore prior possessor & piscator continuerit. Atque ita Marciani responsum *l. si quisquam 7. de divers. temp. præscript.* accipiendum videtur: quod etsi non faciat mentionem ejusmodi factæ prohibitionis, tamen eam præsupponi non est per absurdum: cum, quia prohibendi jus concedit, quod in actu meræ facultatis, & in loco publico admitti nequit, nisi ejusmodi prohibitionis jus per longum tempus sit continuatum. ac (ut ita dicam) justificatum: tum etiam, quia positum est illud responsum in tit. *de divers. & temp. præscript.* ubi de præscriptione, quæ datur expositione vel quasi longi temporis, quæ absque ejusmodi prohibitione non acquiritur, *Jas. in l. quo minus de fluminib. Bal. & Dd. in l. 2. C. de servit.* agi certum est: *l. 3. & tot. tit. de divers. temp. præscript.* ut juxta Rubricam, & subjectam materiam accipi id responsum, seu (ut nostri loquuntur) intelligi Nigrum juxta Rubrum, non sit à recta interpretandi ratione alienum: quanquã fortasse negativa lectio verior est: ALTERUM EODEM JURE UTI NON PROHIBET: *ita legit Grebal. Mepha.* quæ quidem omnem difficultatem tollit: si tamen affirmative legas, eo quo diximus modo, cum Papiniani responso. *l. præscr. 45. de usuc. vide quæ dixi in §. flumina Inst. de rer. division.* conciliari rectè potest: scilicet ut quamvis inhibeatur publicorum locorum usucapio, eoque nec longæ possessionis præscriptio ad obtinenda loca juris gentium publica concedi soleat: *d. l. præscript.* qui tamen pluribus annis possederit certum aliquod fluminis diverticulum, prohibere queat, quamdiu piscatur, & occupatum diverticulum tenet: *d. l. si quisquam d. leg. præscript. 45. in verb occupanti datam exceptio.* non verò prohibere postquam occupare desiit, & retia reduxit, exercitiumque piscationis intermisit: nisi & in hujus juris quasi possessione, per prohibitionem longo tempore factam, *vid. Bald. & Dd. in l. 2. C. de servit. Jason in l. quo minus de fluminibus*, sit constitutus. Sed ut ad servitutum possessionem revertamur, de hac agi quoque videtur in responso Antonini *l. 2. C. de servitut.* (nisi tamen à Justiniano interpolatum est) cum in eo rescribitur; Tempore quæri servitutem, exemplo rerum immobilium: scilicet earum, in quibus idem olim quod in servitutibus obtinebat, cujusmodi erant olim omnes fundi provinciales, qui Italico jure non censerentur: in his enim non obtinebant jura usucapionum: *in princ. Inst. de usucap.* eoque fiebat, ut longa harum rerum possessio, exceptionibus & utilibus actionibus defenderetur: *d. l. 3. de divers. temp præscriptio l. 2. C. de long. tempor. præscriptio.* cujus rei exemplo quæri servitutum quoque jus possessorium longa possessione, videtur innuere Antoninus. Non enim de jure proprietatis & dominii ea Constitutio accipi potest, sive de possessionibus Italici soli, sive de Provincialibus interpretari velis; cum constet, ante Justinianum in usucapienda rerum immobilium proprietate, non longo tempore, de quo ibi agitur, sed tantum biennio opus fuisse in agris Italicis. *in princ. Inst. de usuc.* in reliquis vero, nullo tempore: *Ulpianus titul. 1. vide quæ dix. Institution. de usucap. in princ.* dominium usucapiendo, sed tuitione Prætoris *l. 1. quibus mod. usufruct.* tantum quasi dominium ope Exceptionis quæri potuisse, *in princip. Instit. de usucap Theophil. 5, per Instit. de rer. divis.* Nec vero obstat declarationi jam factæ, quod alibi ait 30. dierum servitutis possessio etiam in discontinuis quæri videatur. *l. 1. & toto titulo de itin. actuque privat.* Nam in eo interdicto non agitur de jure possessionis, ad quod acquirendum longo tempore opus est: *l. 2. C. de præscriptio. long tempo lege 4. C. de servit.* ut ibidem Ulpianus ostendit: *l apparet 5. vers de itin. actuque pr.* sed de simplici usu itineris & viæ rusticæ, quam ob commoditatem transvehendarum frugum atque fructuum non impediri ei qui triginta diebus usus esset, visum fuit utilius, donec scilicet de jure possessionis plenius foret cognitum. nam de proprietate (id quod falsò à nostris traditur) quæri illo jure, hac in specie non potuit: cum servitutes, præsertim discontinuæ, puta Iter, Via, &c. etiam juxta Dd. sententiam, nullo tempore (prout jam dictum est) olim præscriberentur. Itaque quia illud jus propter commoditatem viatum, singulari ratione fuit inductum: ideo nec ad aquæ ductus pertinet: *l. 1. § quod autem de aqu. quot. gloss. in l. 1. princip. verb. rusticæ de itin. actuque privat.* neque ad servitutes urbanas: *d. l. 1. §. 1. de itine. actuque privat.* & consequenter nec ad jura possessionum est extendendum, *d. l. apparet. 5. §. penultim.* Hæc igitur ita jure veteri obtinuerunt: nec putandum est parum inter usucapionem & hanc longi temporis præscriptionem interfuisse. Illa enim juris est, hæc facti, *Cujacius in l. 2. §. ultim. pro empt.* Illa ex lege 12. hæc contra subtilitatem juris ex æquitate jurisdictionis Prætoriæ: *lege 1. quib. modis usufruct.* ideoque illa dominium adjicit. *l. 3. de usucap. l. traditionibus. C. de pact.* quod lex dare potest: *dict. §. 2. Inst. de bonor. poss.* hæc non dominium, sed exceptionem suppeditat: *tot. titul. C. de long. temp præscript. & Dd. divers. temp. præscr. Cont. lib. disput. 1. cap. 12.* quia Prætor dominos non facit. *§. 2. Institutio de bon. possess.* nec dominia adjicit, *l. qui usumfructum si usufruct. peta.* sed possessiones solum tuetur. *d. §. 2. Institut. de bon. possess. & passim. D. eodem.* Illam nec mala fides: *l. bona fides 48. de acquir. rerum dom. vide infra de usucapion.* & ideo neque litis contestatio interpellat: *l. si post. de rei vend. l. 2. pro donat. l. Julianus § quantum ad exhibent* hanc & mala fides *l pen. ult. C. de præscriptio long. tempo. l penul. C. de præscrip. 30. annor.* & litis contestatio *Cujac. in d. l. 2.* interrumpit. Usucapio tantum sequuta condemnatione rumpitur & ideo lite omissa procedit: *d. l. si post l. sicut §. sed si quæratur si ser. vindice Theop. Institut. de divisio stipulat.* Præscriptio longi temporis semel per litem interrupta, etiam hac omissa non procedit. *Cujac. in d. l. 2.* Sed Justinianus ut omnes istas controversias & subtilitatum nodos, Gordio nodo longe intricatiores, uno gladio atque ictu discinderet & auferret è medio, totum hoc jus usucapionum mutavit, (sive ut ipse loquitur) transformavit, constituitque, ut & res soli provinciales decem vel viginti annis, ad instar rerum Italici soli. *tot. titul. C. de usucapion. transforma.* & eadem ratione servitutes indifferenter omnes longo tempore, hoc est, decem annis inter præsentes 20. inter absentes usucaperentur, peræque atque res ipsæ Immobiles, *l. ult. C. de long. temp. præscript.*

eodem-

eodemque tempore voluit, non utendo omnes indifferenter amitti, *l. penult. C. de servit. l. corruptionem 16. C. de usufruct.* Nam valde falluntur, qui Justinianeam constitutionem, *d. l. tale* tantum de servitutibus personalibus & realibus, quæ continuæ sint, intelligunt, cum expresse in ea mentio fiat ususfructus: quæ servitus causam habet discontinuam, & quamvis personalis sit, tamen non aliter animo possidetur, quam quælibet servitus realis, vel jurisdictio, consuetudo, jus venandi, & similia jura territorii cohærentia: quæ tamen præscribuntur longo tempore, ut ante est expositum. Jam vero non habet rationem ullam, cum Justinianus omnia jura incorporalia, *l. omnes 4. & tot. titul. C. de præscript. 30. annor.* etiam fiscalia, *d. l. omnes 4.* certis temporum metis, nempe 30. & 40. annis indistincte, sive continui essent actus, sive discontinui, *unde l. cum notissimi 7. d. l. omnes C. de præscript. 30. ann. l. plures 18. C. de fid. instrument. l. fin. C. de fund. patrimon.* incluserit, dicere solas servitutes discontinuas exemtas a regula esse, nec ullo præscriptionis tempore, nisi immemoriali (quod genus præscriptionis non est, sed potius privilegium, & præsumpta concessio, *d. c. super §. præterea verb. signif. l. 3. §. ductus aquæ de aqu. quot. & æstiv.*) acquiri: maxime cum nulla dari possit differentiæ ratio, quare propter dominiorum ac possessionum incertitudinem non peræque in his atque aliis juribus, usucapionum jura debuerint obtinere. Concludo igitur totum hoc jus & discrimen præscribendarum servitutum vetus (ut & alia usucapionum jura, *tot. titul. C. de usucap. transform.*) a Justiniano transformatum, correctumque ad eum quem dixi modum esse: reliquias tamen illius veteris juris atque discriminis in Pandectas fuisse relatas: seu quod ea juris mutatio, compositis jam Digestis, hac parte saltem præteritis, *d. l. unic. C. de usuc. transf. quæ data est post consulatum Lampadii, quo tempore Digesta jam componebantur, & tantum non erant absoluta*, facta sit: seu errore aliquo atque incuria ut alia multa: seu, quod absque hujus aliqua cognitione, reliqua jura servitutum & usucapionum, de libris I. C. conquisita & collecta, satis commode intelligi non posse viderentur. Et hæc quidem de constitutione præscriptioneque servitutis, quasi de causa efficiente, dicta sufficiant: nunc ad reliquas servitutum causas progrediamur.

6 *Quibus in rebus Materia.*

Materia, sive subjectum in quo existunt servitutes, sunt Prædia & ea quidem (ut diximus) Aliena: quorum vel in Solo consistunt, ut servitutes rusticorum prædiorum; vel in Superficie, id est, in eo quod solo sustinetur, puta ædibus, &c. ut pleraque sunt urbanorum prædiorum, *l. 3. hoc tit.* item aut in Toto fundo, aut Qualibet ejus parte. *l. ad certam 6. hoc titul. Capoll. de serv. urb. c. 11. gloss. & D. in l. pro parte. 11. h. t.*

7 *Quæ sit Forma constituendæ servitutis.*

Quod ad Formam constituendæ servitutis attinet, sciendum est differre promissionem servitutis a Constitutione. Promissio personam tantum obligat. Constituitur vero servitus non aliter quam patientia domini qui fundum servientem possidet, & usu ejus cui servitus est constituta: *l. 5. h. t.* puta si stipulatorem in suum prædium servitutis promissor induxit, & patiatur eum servitute uti, *l. 1. in fin. inf. de serv. præd. l. penult. h. t.* Patientia enim pro traditione habetur in rebus incorporalibus, *l. 3. §. dare sup. de usufr.* quæ aliam veram traditionem non recipiunt, *l. servus 43. §. incorporales t. de acquir. rer. dom.*

8 *Quare constitutio nec diem nec conditionem recipiat.*

Hinc existimari potest, quamobrem Papinianus *l. 4. h. t.* dixerit, Servitutes ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, Quamdiu volam, posse constitui. Loquitur enim diserte de constitutione servitutis, non vero de promissione: quæ cur diem aut conditionem non possit recipere nil video, *l. existimo 98. de verb. obl. vide Connan. l. 4. Comment. cap. 11. Govean. Lect. l. 1. c. 9.* Nec enim jus in re, sed ad rem tantum inducit, & obligationem mere Personalem, quæ est illius naturæ, ut conditionem & diem recipiat *Cap. de ser. urb. ca. 22. per l. 4. §. 1. hoc tit. l. si quis 29. de ser. urb. præd.* Ubi vero quis constituit servitutem, factum ipsum patientiæ præsentaneum ut sit, opus est, quo prædio servitus imponatur: quæ ita imposita, non potest amplius ipso jure pactionibus hominum alterari, neque diem aut conditionem recipit. Habet enim natura sua causam continuam & perpetuam. Deinde hæc jure nihil aliud sunt quam prædiorum qualitates *l. quid aliud de verb. sign.* seu conditiones, *l. via 23. §. si fundus serviens de ser. rust. prædio.* Quanquam autem personis servitus, ut ususfructus, ad diem vel ex die deberi possit *l. 4. sup. de usufr.* tamen reb. & prædiis qualitas sub conditione vel ex die non imponitur: quæ non afficitur nisi ex usu & conditione ac possessione præsenti: quæ ubi semel competere cœpit, postea ipso jure per pactum dici vel temporis, quod extra rem est, tolli nequit. Sed tamen quod æquum est conditiones servari, *l. 1. sup. de pact.* idcirco si hæc adjiciantur, per pacti vel doli exceptionem, ex æquitate juris Prætorii adversus juris civilis subtilitatem occurretur, contra placitum servitutem vendicanti. Modum quoque adjici posse servitutibus constat: veluti quo genere vehiculi agatur, vel ut equo duntaxat: vel ut certum pondus vehatur: aut statis anni temporibus, certisve diebus utatur, *l. 4. §. fin. cum l. seq. h. t.* Nec enim modus facit quo minus servitus sit simplex, continua & perpetua, sed usum tantum servitutis definit, ac certis legibus moderatur: quod minime contra naturam est servitutis.

9 *Regula de fine, natura & proprietate servitutis.*

Ad finem Effectum, Vim & Naturam servitutum pernoscendam, utile fuerit has regulas tenere. I. Servitutum non ea natura est, ut faciat aliquid quis: veluti ut viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præbeat, aut ut in suo pingat, vel (ut alii legunt) pangat: *l. quoties 15. §. fin. h. t.* hoc enim fieri ab altero, nostri prædii nihil interest: sed ut patiatur, aut non faciat aliquid, idque principaliter. Nam in consequentiam aliquando quid facere cogitur: vel natura servitutis, vel pacto contrahentium id postulante, *l. etsi forte 6. §. etiam 2. l. si cuis 8. §. distan. in. infr. si serv. vindicetur*, cum id prædio utile esse potest. Servitutes enim aut prædiorum sunt, aut hominum, *d. l. quoties 15. h. t.* hoc est, pertinent ad usum aut hominis, aut prædii. Quæ homini serviunt, Personales: *l. plenum ad d. usu & hab.* quæ rei, Reales judicantur, *l. 2. §. 4. cum seq. de serv. rust. præd.* nec ultra constitui possunt quam prædio opus sit *l. Largo 3. in fi. de serv. rust. præd. Conn. lib. 4. ca. 28.* quæ neutri serviunt, servitutes non sunt, quia non serviunt, & usum commoditatemque alteri præstant: *d. l. quoties 15. h. t. Govean. Lect. lib. 1. cap. 15.* verbi gratia, ne eas per fundum tuum, neve ibi consistas, *d. l. quoties 15. h. t. & dixi supra in defin.* II. Servitutes natura sua perpetuæ sunt, & continuam habent causam, *l. foramen 28. inf. de servit. urban. prædior.* quamvis continuam possessionem non semper habeant *l. 4. in prin. h. t.* III. Hoc quoque servitutis proprium est, quod divisionem non recipiat. Unde pro parte neque legari, nec adimi vel potest, ne pro parte domini acquiritur, *l. pro parte 11. ff. h. t.* Ut si fundum cum aliquo communem habeam, non possum illi solus, quærere vel imponere servitutem. Nam neque mihi soli pro parte, nec tuo fundo quicquam adipiscor: quia socio quærerem contra regulam, qua traditur, Neminem alterius fundo servitutem acquirere posse: *d. l. pro parte l. si unus ex sociis 19. infr. de serv. rust. prædior.* neque imponendi servitutem communi fundo, jus est invito socio, quia conditionem ejus facerem deteriorem: *l. 2. h. tit. l. per fundum 11. l. unus 34. infr. de serv. rust. prædior.* id quod non licet: *l. non debet 75. de reg. jur. §. privilegium Inst. de rer. divis.* & in re communi melior est conditio prohibentis, *l. an unus 11. si ser. vendic. l. si quis 6. comm. divid.* IV. Servitus in toto fundo tota est, *l. si cui 9. h. t.* & tota in qualibet ejus parte, *l. ad certam 6. h. t.* Hinc quod dicitur, Pro parte servitutem retineri, *l. ut pomum § fin. h. tit.* non eam habet significationem, quasi pars servitutis, quæ est individibilis, retineri possit: sed quod in parte fundi tota servitus retineatur. V. Natura servitutum est, ut per se possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere is, qui prædium possidet, *l. si ædes meæ 32. §. fin. inf. tit. 2.* Et hæc quidem de genere de servitutibus dicta sufficiant. Nam quæ ad species earum pertinent, hæc sequentibus titul. explicabuntur.

OBSERVATA.

Servitus realis quid.

N. II. *Porro*) Concinnius definiri potest, *jus in prædio alieno habendi vel faciendi aliquid constitutum, ad sui prædii utilitatem.* Quod verum respectu ejus qui habet *prædium dominans*: alter enim cui est *prædium serviens*, tenetur in suo *non facere* aut *pati*, *l. 11. §. f. h. t.* Ut enim personalis servitus personæ adhæret & debetur, ita realis prædiis, ut hac ratione alter alteri ex suis prædiis commodet. Utrinque ergo hic prædium requiritur, nec servitus realis sine prædiis constitui potest, *cit. l. 15. h. t. l. 1. §. 1. comm. præd.* Neque officit *l. 23. §. 1. de S. V. P.* & *l. 10. d. S. R. P.* quia quamvis non constitui,

Duo requirit prædia.

tamen promitti potest servitus sub tacita conditione prædio ædificando, *d. l. 23. & d. l. 10.* (ex ratione *l. pen. de test. tut. ubi Accurs.* & pendere interim intelligitur, *l. 7. §. 1. comm. præd. l. 29. de S. V. P.*) reponendo, *l. 20. §. 2. eod. l. 17. §. 10 de act. empt.* vel acquirendo, *l. 46. §. 1. de evict. l. 25. §. 10. fam. ercisc.* Add. *l. 13. §. 1. de S. P. R. pand. l. 9. h. t.* Bachov *Ad Tr. h. th. 6.*

Tres qualitates prædiorum. 1. Utilitas.

N. III. *Ad prædii utilitatem*) Qualitates hic prædiorum inprimis tres requiruntur, (1) ut unum ex altero *utilitatem* habeat: (2) sint *vicina*: (3) causa servitutis in iis *continua sit seu perpetua*. Hinc recte

statuit A. *servitutem quæ prædio non sit utilis, esse non posse, per l.15.h.t.* & rationes subjectas. Distinguendum tamen ulterius, inter utilitatem quam habet servitus naturâ & potentiâ, & quam actu. Nam & illa sufficit, *arg.l.55.de usufr.* eoque pertinet *l.10.h.t.* Vicinitas quidem prædiorum requiritur ex claris textib. *l.7. §.1.commu.pr.l.38.& 39.de S.P.V.* Verùm ea non æstimanda præcisè ex *prædiorum contiguitate*, ut facere videtur Autor h. Nec quadrant ll. huc cumulatæ. Nam *l.14.§.2.de alim.leg.* est de servitute personali; reliquæ verò ex aliis, præsertim ex *l.1.pr.de S.V.P.l.4.§.f.si serv. vindic.l.14.§.f.h.t.* sunt explicandæ. Et vicinum in hypothesi ex conditione & utilitate servitutum, ut aquæ haustus, prospectus, altius tollendi vel non, dicitur, in quibus locus intermedius servitutis usum non est impediturus, & quia illæ aliquando à prædiis remotioribus possunt deberi, per *d.l.1.pr. de S.V.P. l.38.eod.d.l.14.§.f.h.l.7.§.1.comm.præd.junct.l.7. l.ult. de S.P.R.l.17.§.2.de acq.pluv.arc.l.5.l.6.si serv.vend.* Aliquando contiguitas requiritur, in quibus usus servitutis aliàs impeditur, ut in serv. aquæ ductus, projectus, tigni immittendi, stillicidii, fluminis, &c. *d.l.14.§.f.h.t.& l.7.§.1.comm. præd.* Add. Bachov. *h.in not.* Dn. Frantzk. *comm.h.n.29. & seqq.* Cæterum exemplum ex *l.8.h.* juris *pomum decerpendi, spaciandi vel cœnandi in alieno*, pertinet ad requisitum primum prædii de utilitate: nam servitus realis non constituitur ad voluptatem, sed, ut dictum, ad alterius prædii usum & commoditatem, sive urbanam sive rusticanam. Illud non esse *servitutem realem nec personalem, sed simplex jus personale* i. tantùm facultatem aut præstationem personalem, censet Gl. *in d.l.8.* Alii servitutem *realem* arbitrantur. Rectissimè Author dicit non realem esse, *sed personalem*, Competit enim ipsi *definitio servitutis personalis, & usufructui vel usui est assimilis*, vel saltim personalis innominata, *arg.l.24.quib.mod.ususfr.am.* His consequens est, ut rectè concludit noster Bach. *in not.* quod ex dicto jure oriatur actio confessoria realis, non verò, ut Gl. putat, actio tantùm personalis.

8. Vicinitas.

Exemplū juris pomi decerpendi ex l.8.h.t.

N. IV. *Quas omnes esse continuas*) Continua servitus propriè est quæ *causam perpetuam habet ut possit quis ea uti sempèr*, licet non actu semper sit usus, textu expresso. *l.28.h.t.* Verum A. hîc non leges sed Dd. secutus, aliter continuum accipit, dicens: Servitutes *personales omnes esse continuas, reales partim continuas partim discontinuas.* Hoc sensu Continua in genere dicitur, *quæ continuo est in usu s. exercitio.* Discontinua quæ semper *non est in usu.* Ulterius autem continuæ dicuntur Ddbus quædam *simpliciter*, *quod perpetuam s. continuam causam simpliciter habeant*, h.e. semper sint in usu & actualiter & potentialiter, ut servitus aquæ ductus, altius non tollendi, &c. Quædam *non simpliciter, quod quasi perpetuam causam habere dicantur, quæ sc. continuo potentialiter sed non actualiter sint in usu*, ut est servitus stillicidii, ductus aquæ ex cœlo cadentis, *l.28. de S.V.P.* Ratio assignatur in prioribus, quod *in illis non semper requiratur factum hominis ad usum servitutis, licet initio: in posterioribus, quod licet semper non exerceantur, tamen apta sint semper exerceri sine facto hominis*, Denique Discontinuæ dicuntur Ddbus *quæ non semper sunt in usu, neque potentialiter, neque actualiter, & ad sui exercitium semper requirunt interpositionem s. factum hominis, quod non potest esse perpetuum*, ut iter, via, &c. vide Cœpoll. *de servitut.c.19.* & novissimè Dn. Manzium *tr.de serv.urb. & rust.præd.l.c. quæst.5. num.24. & 25.* De veritate hujus distinctionis videbimus infra *num.5.* Idem Cœpolla *d.cap.9.* servitutes nominatas vocat *quæ nomen juris habent*, ut sunt iter, actus, via; reliquas dicit innominatas, quod sint *nomina actus seu rei, non nomina propriè s. juris*, ut aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus &c. Sed quam lubrica hæc sit distinctio facilè apparet. Rectiùs alia dividua dicitur alia individua *l.1.§.9.ad L. Falcid.* Dividuus est solus ususfructus, cæteræ sunt individuæ; quia hæ tantum consistunt in commodo necessitatis, at ususfructus habet utilitatem quæ ex fructibus percipitur, facilè dividuam: & reliquis servitutibus semper integris utimur, usufructu verò etiam pro parte, imò nunquam simul utimur totò, Bachov. *ad Tr.de usufr.th.3. G. & H.* Addi quoque meretur quod servitutes aliæ sint Affirmativæ, ubi vicinus cogitur aliquid pati & sustinere, ut ire, agere immittere lignum in vicini parietem. Aliæ Negativæ, quibus vicinus cogitur aliquid omittere contra naturalem libertatem ædium suarum, ut servitus altius non tollendi, ne luminibus vel prospectui officiatur, Schneidewin. *h.t.n.6.*

9. Continuitas s. perpetuitas. Quomodo cont. vel disc. dicatur servitut sec. Dd.

Servitus nom. & innom.

Dividua & individua.

Affirmat. & Negativa.

N. V. *Constituit*) Quamvis promissio & constitutio in servitute personali distinctæ sint; non *sui natura* tantùm, sed *tempore atque actu*, ut notavimus supra ad *tit.de usufr.n.9.* hîc tamen in servitutis realis concessione & translatione posteriori modo concurrunt. Conceditur servitus vel *facto judicis*, vel *privati.* Illo modo in judiciis divisoriis, *l.22.§.3.fam.ercisc.* Hoc modo voluntate concedentis, per *promissionem, constitutionem & acquisitionem.* Hæc enim tria facta sive actus & hîc, *in se & sui natura* distincti sunt. Promittitur vel inter vivos, *pactionibus* (generaliter acceptis) *& stipulationibus*, vel ultimâ voluntate, *l.16. comm.præd.l.5.h.t.de servit.leg.* Utrumque vel purè fit vel non purè; & hoc modo quidem si futuro ædificio promittatur, si aquam quærere licere & inventam ducere, si via ad fundum qui non est promittentis; ex tempore ad tempus, sub conditione, *arg. l.4.h.l.23.§.1.de S.V.P. l.10.l.33.§.1.de S.R.P.l.98.de V.O.l.25.§.11.fam.ercisc.l.3.§.2.* Constituitur verò eadem servitus per *patientiam*, quæ hîc est loco traditionis, *l.11.§.1.de publ.in rem act.l.ult.h.t.* & quod huic æquipollet. Unde eleganter dicitur, hîc possessionis vacuam traditionem nullam esse, sed sufficere si *caveatur* per te fieri non debere quo minus utar, in *l.3.§.2.de act.emt.* quod servitutum natura in eo consistat, ut quis patiatur vel non faciat, *l.15.h.t.* Quæ cautio tamen præcisè necessaria non est, *l.ult.h.* cum promissio tacitè comprehendat patientiam utendi à parte prædii servientis, & usum à parte dominantis, *d.l.ult.* concedens enim, quantum in ipso esse potest, solâ promissione constituit, ideoque perfecta est ipsius respectu constitutio: usus saltem actus est à parte prædii dominantis accedens. Constitutio autem à constituente æstimatur, ejusque animo & facto, non ex eo cui constituitur: si autem hujus usus præter patientiam quoque accedat, tunc constitutio undique est perfecta, & nihilominus rectè dicitur servitutem solâ patientiâ constitui, quæ est loco traditionis. Aliud est in illis quibus promissio & constitutio tempore & actu non concurrunt. Hinc emtor ex eo quod venditor mercem tradere potest, non statim ejus Dominium nanciscitur, sed demum per traditionem *l.20. de C.pact.* quia in empt.vend. promissio & constitutio dominii non tantùm tempore sed & actu diversa sunt, *d.l.* Atque ita accipiendum est quod dicitur usum pro traditione esse, *l.fin.eod.* & placitum h.e. promissionem sequi, *arg.l.3.C.h.t.* Quia & patientia domini, atque usus alterius hactenus ac respectu alioquin transferendæ traditionis, hic æquipollent; quod posito alterutro saltem & servitus ponatur, *d.l.f.h. arg. l.2. C.h.arg.l.19.si serv.vind.* Et patientia aliàs *cessio* vocatur,

Servitus real conceditur.

Vel facto judicis.

Vel facto privati.

(1) Per promissionē Purè vel non purè.

(2) Per constitutionē patientiā aut æquipollentē ut sunt cautio, usus, cessio, inductio in prædiū

arg.d.l.10.§.1.l.9.de S.P.V.l.11.de S.P.R.l.3.§.2.3.l.f. comm.præd. Quæ ipsa tamen nec solennis est, sed nihil aliud quàm concessio servitutis, nec præcisè necessaria; cum usus ipse & patientia sint ejus loco, l.f.h.t. Neque dubium, quin constitui possit hæc servitus etiam per in prædium inductionem, arg.l.1.§.1.verb.traditio de S.P.R. Quæ vero itidem ob prædictam rationem minùs fuit necessaria, d.l.f. Hinc sequitur, quod summopere notandum, si promissio purè sit facta, eam cum constitutione concurrere, tempore & actu, quia promittens servitutem, eo ipso patitur aliquid fieri, aut non facit; ideoque eo ipso servitutem constituit; l.f.h.t.l.3. §.2. de act.empt. Ratio diversa à servitute personali est, quod hæc non constituatur nisi positivè, v.c. in usufructu requiratur factum sive datio proprietarii, l.3.de usufr. at realis servitus constituitur sui naturâ negativè; quia nihil quàm patientiam desiderat, d.l.19.h. quæ non potest non esse in promittente. Positâ itaque promissione, ponitur & servitus realis, sive perficitur actu primo, h.e. jus servitutis jam constitutum est, licet non semper actu secundo & quo ad exercitium servitutis. Et liberum est ei cui promissa servitus an insuper induci velit in prædium, an cautionem exigere, vel cessionem. Unde porro consequitur, ex promissâ purè servitute (unde quâ tali regulariter & jure ordinario jus ad rem & actio personalis, l.pen.C.de usufr.l.3.de O.& A.l.20.C.de pact.l.2.§.1.2.de V.O.) hîc (in hypothesi & concreto) propter concursum promissionis cum constitutione, ex naturarei (servitutum quæ in patiendo aut non faciendo consistunt, l.15.h.) adeoque subjectæ materiæ & circumstantiarum, oriri jus in re atque actionem confessoriam realem: & si ulu sive actu secundo jam exerceatur, interdicta possessoria text. directo vel. ult. h. t. Nulla enim hic est traditio juris, d.l.ut est in serv.personali de 3. de uf. Et similem concursum promissionis & constitutionis etiam in aliis exercere licet, præsertim in nomino & contractu innominato facio ut des, seu permutatione, ubi promittendo contrahimus, & simul datio intercedit quâ dominium transfertur. §. 1. quibus mod. re contr. oblig.l.1.§.1. de pact. Atque revera vult Hillig. Don.encl.11.comm.to. 1. inquiens, non placere quod Vult.ad §.f.1.h. distinguat constitutionem, (promissionem) quæ fit conventionibus vel ultimâ voluntate, ab acquisitione s. translatione, quæ per q. traditionem vel patientiam domini. Nam quando constituta est servitus, neque jam existit; nec igitur fingi potest non acquisita. Idem continet explicatio Bachov. Inst.h.§.3. rectè contendentis, servitutem realem constitutam censeri solâ promissione, & si contra placita faciat promissor, nullâ opus esse actione personali, sed rectâ competere vindicationem. Idque apparet ex l.4.h.t. ubi JCtus ait, ex æquitate competere exceptionem, si alter contra placita (adjecto videlicet die vel conditione) vindicet servitutem: ut sc. ostendat, protinus promissâ servitute, jus ei inesse ea uti, & statim locum esse actioni in rem. Rectè itaque ait hic Imp. Justinianus pactionibus & stipulationibus constitui servitutem. Quamvis in hæresi ponat ejusdem sententiam Dn. Vinn. ibid. quâ nihil audierit unquam à ratione & auctoritate juris alienius. Verùm vel is cui promissio facta, cœpit uti servitute, vel non cœpit. Priori casu si promittens patitur aut non facit in suo, absurda est actio; sin minùs absque omni dubio realis locus est, quâ confitetur servitutem suam esse, l.2.pr.& §.1.si serv.vindic. Posteriori casu eadem propterea competit; quod, licet usus actu non intercesserit & possessio ipsa, tamen jus servitutis jam statim competere cœperit, ex quo facta promissio fuit; l.19.§.1. quem servit.amitt. quia nisi ex patientia aut intermissio ejus quod aliàs fieri poterat, originem sortita est, & res ita affecta esse cœpit, ut poterunt quis statim uti, imò quandoque actu etiam utatur, ut in servitutibus negativis, altius non tollendi, ne luminibus officiatur, &c. Neque satis is sibi prospicit, qui promissâ servitute aliâ v.e. itineris, petit se induci in fundum vel iter; cum ipse eundo, h.e. facto ipso possit experiri, an alter exercitium servitutis pati velit, an non. Exceptio tamen est in servitutibus quæ positivè constituuntur, ut sunt jus alt. tollendi, & oneris ferendi, de quibus vide obser.v.n.8. Cæterum si promissio non purè facta sit, oritur inde jus ad rem & actio personalis ad servitutem per patientiam constituendam, d.l.25.§.11 fam. ercisc.l.3.§.2. de act. empt l.78.de V.O. Ubi obligatio quidem statim oritur, arg.§.2.de V.O.l.213 de V.S. sed servitutus peti potest demum conditione existente aut veniente die: quo ipso etiam servitus simul constituitur, ut non opus sit nova aliqua constitutione, atque nascitur jus in re & actio confessoria realis. Denique acquiritur servitus realis per præscriptionem, l.2.C.de præscript.long.temp.l.2.C.h.t. Sunt qui dicunt, hodie, cum jure novo §.2.de legat.l.1.C.de comm.de leg.& fid. omnia jura ad legatarium transeant ipso jure cum traditionem, ex legata servitute etiam legatario competere jus in re & actionem confessoriam realem. Quæ sententia equidem & juri veteri conveniens videtur, per. l.19.§.1.Nisi dixeris quoad servitutem realem. vid. Jac. Menoch.l.4.præs.144.n.14. Neque nostræ id contraria tur, ut qui in servitute reali constitutionem cum promissione concurrere asserimus. Dissentiunt à prædictis variè Dd.(1) Wesenb.h. qui promissionem planè omittit, sed minus rectè & contra jura supra adducta: quamvis enim concurrant hoc loco actu promissio & constitutio, tamen & hic in se differunt: imò in promissione conditionali hoc loco manifesta differentia est. Dill.(2) alter Bach.in not. hic propriè & subtiliter loquendo separandam esse constitutionem à promissione, atque ex promissione inter vivos oriri jus ad rem & actionem tantùm personalem: ex ea verò quæ fit ultima voluntate, e.g. legato, jus in re & actionem realem, per l.19.§.1. quem serv.amitt. Sed prius huc non quadrare, & non obtinere nisi in conditionata promissione, patet ex d.l.f.h.t. junct.l.3.§.2.de act. emt. & purâ promissio à constitutione tempore & actu non est separata, in promissione autem conditionali diversa est & actu & natura: quomodo statuere videtur in Inst.d.§. idem Bachov. ibi parum hic constans. Porrò quod modò dixerat Wes. præscribi servitutes longo tempore, hoc restringit ad casum, si præscribens usum habuerit à non domino: contra dominum verè putat sufficere patientiam ejus. Verùm rectiùs communis sententia est, respectu ejus contra quem fit præscriptio, titulum præcisè non requiri, sed sufficere patientiam, sive contra dominum, sive contra non dominum præscribatur, per l.10.si serv.vind.l.5.§.3. de itin.actuque priv.l.f.de aqu. & aqu. pluv. arc. Hoc falsum opus est, ut qui dicit se præscripsisse servitutem, eâ usus sit per longum tempus & b. f. h.e. non vi, clam aut precario eam acquisiverit, ut d.l. d.l.10. Neque etiam interest sive patientia conjuncta sit cum scientia (quod jus præscribatur) sive non; quia ex diuturno tempore scientia & ex patientia titulus præsumitur, arr.d.l.10.si serv.vind.& d.l.ult.h t. Non officiunt l.2. C.h t.& l.f.C.de præscript.long.temp. Nâ in l.2.ubi scientiæ, saltem explicationis & declarationis gratia mentio fit scientiæ, & in d.l.f.verba: bono initio, non intelligenda sunt ac si præcisè requireretur titulus, sed quod hoc casu is intervenerit: vid. Bach. ad Tr. h. th. 9. Cæterum non contentus his A. latius agit de præscriptione servitutum; quæ commodè ad tria capita revocantur. Primò recenset com-

Promissio pura cum constitutione concurrit & tempore concurrit. Ratio differentiæ à serv. pers.

Hic ergo ex pura promiss. est jus in re & actio realis.

Exempla concursus promiss. & constit. in aliis.

Explicatur Hillig. & Bach. ad instit.

Respondetur Vinnio dissentienti.

Promissio non pura differt hic à constit. unde jus ad rem & actio personalis.

Dissentientium variæ opiniones.

Ad præscr. serv. titulus non requiritur.

Sed patientia.

A. latius agit de comm. Dd. opinione.

TITULUS II.

De Servitutibus urbanorum prædiorum.

1. Prædia unde dicta, & de urbanis ac rusticis.

Prædia dicta sunt à præstando, authore Varrone: quod his pignori datis publice mancipes fidem præstent: eoque nomine venit rerum immobilium & Solum & superficies: puta fundus, & quicquid in superficie fundi est ædificatum: domus, villa rustica, horreum, &c. Itaque prædiorum significatio, latius patet, quam fundorum *Iason l. si pro fundo 33. C. de transact. l. quæst. l. fundi l. locus de verb. sign.*

2. De servitutibus urbanis ac rusticis.

Prædia porro alia Urbana sunt, alia Rustica. Urbana nominantur, quæ ad habitandum præcipue sunt ædificata non solum in oppidis, sed etiam in villis & vicis §. 1. *Inst. de servit.* Unde & stabula meritoria, recipiendis mercede tam equis quam hospitibus idonea. *l. urbana. 198. de verb signif. l. eod. jure 43. stabula in quibus cons. pig.* & prætoria, *l. 2 infr. tit. 1.* quæ ad habitationem voluptatemque domini villæ, quem Prætorem vocabant, tanquam supremum prætorem principemque suæ rusticæ familiæ constructa, hoc nomine censentur. Quia ut inquit Paulus, *l. urbana prædia 198. de verb. signif. l. 1. infr. comm. præ.* prædium urbanum non locus facit, sed materia: hoc est, subjectum, commoditas & usus rei ut id urbanum sit, quocunque tandem loco situm, in quo habitandi est opportunitas: rusticum vero, quod fructuum gratia quocunque loco construitur: *l. si prædium 26. C. de præd. mino* sicuti in consimili exemplo, urbana familia & rustica, non loco, sed genere distinguuntur, *l. urbana familia 166. de verbor. signif.* Et hæc quidem obtinent quoad præsentem servitutum materiam; nam alias prætoria & consimilia ædificia in villis constructa, cum sint pars & accessio fundi, *l. fundo. 8. quibus mod. usufruct. l. hæredem fundo 12. de usufruct. legat.* jure principalia censeri solent: *l. in quo accessionis 34. de fidejuss. l. cum princip. 178. de reg. jur.* eoque propter ædificata in urbibus urbana sunt, & ædes appellantur: ruri vero constructa Villæ & Rustica prædia vocari solent, *l. fundi 211. de verbor. signific.* Quia vero servitutes hæ in prædiis tantummodo constituuntur (nec enim aut personæ aut rei mobili imponi possunt, *l. 1. com. præd. l. ut pomum. 8. sup. de servit.*) eo factum est, ut quemadmodum ipsa prædia, sic & servitutes iis inhærentes, ita distinguantur, ut aliæ sint Urbanorum prædiorum: quæ debentur prædio tanquam urbano, respiciuntque commoditatem ædificii sive habitationis, etsi prædium ipsum rusticum sit: aliæ vero Rusticorum, quæ ad prædium tantum rusticum, hoc est, ad utilitatem percipiendorum fructuum & agri pertinent. Fit tamen interdum, ut sicut vocabula prædiorum, sic & servitutum confundantur. Nam ut ædificia habitationum quæ ruri sunt, rustica nonnunquam a situ, & quia pars ruris sunt, perhibentur: ita servitutes etiam urbanæ, quæ iis prædiis inhærent, à subjecta quandoque materia rusticorum dicuntur prædiorum *c. l. fundi 211. de verbor. sign. l. 2. infr. de serv. rust. præd. unde Govea hoc taliter interpretatur. Lec. l. 1. c. 16.*

3. De servitute altius tollendi, vel non tollendi.

Urbanorum autem prædiorum jura, ut vult. I.C. *l. 2. h. t.* talia sunt: In primis Altius tollendi *cu. aque Instit. de act.* Quanquam enim naturaliter in solo cuique suo jus imponendi est in infinitum, *l. cujus 24. h. t.* & ædificandi vel ad cælum, usque, ut ajunt, etiamsi inde vicini ædes obscurentur, *d. l. cujus 24. l. cum eo h. t. Vel l. altius C. eod.* tamen quia legatis, pacto, *l. legi 26. de except. rei jud.* consuetudine, *l. 1. 2 cum ibi not. C. eod.* statuto constituto alia forma induci potest, adeo est etiam hujus constitutionis usus. Cum namque vicinus permittit præter usitatum ædificandi morem, priorem que ædium formam altius tollere: *ut in d. l. legi.* is jus Altius tollendi, hoc est, ædificandi habere dicitur *l. 1. h. t. §. aque 2. Inst. de act. ubi dixi.* Altius non extollendi servitus est, cum vicino nostro contra naturalem libertatem imponimus necessitatem, ne ædes suas ultra præscriptam aliquam, certamque & nobis utilem altitudinem extollat: qui tamen Viridaria, quæ nomine ædificii minimè veniunt, super eam altitudinem habere poterit. *l. ædificia 12. h. t.*

4. De servitutibus luminum.

Quod ad lumen attinet, servitus aut immittendorum luminum, aut Ne officiatur luminibus, constituitur. Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra hoc est, fenestras quibus lumen cœli hauritur, (lumen enim id est, ut cœlum videatur, *l. lumen 16. h. tit.*) excipiat *l. luminum. 4. h. t.* Quanquam enim unusquisque lumina in suo facere potest: tamen immittere in vicini parietem, aut communem non licet: *l. cum 40. h. t.* nec etiam prohibere vicinum, quo minus adversus illa ædificet, atque ita obstruat, nisi quæsita ejusmodi servitute. Cum autem servitus imponitur, Ne luminibus officiatur, hoc adepti maxime videmur, ne jus sit vicino altius ædificare, & luminibus nostris officere. Differt tamen hæc à jure Altius nō tollendi, in quo nihil aliud inest quam ne vicinus altius ædificet. Itaque si non ædificando, sed alio modo, puta viridariis lumina obstruat, contra servitutem facere non videbitur, *d. l. ædificia 12.* At hac servitute constituta, non modò ædificando luminibus officere vicinus qui servitutem debet, non potest, sed ne ullum quidem aliud omnino impedimentum inferre *l. inter servitutes 15.* adeo ut vel arborem ponere quæ luminibus obsit, vel umbram ei loco cui sol est necessarius, facere prohibeatur *l. si arborem 17.* Illud quoque has servitute cōtinetur, non modò uti ne luminib. quæ Nunc sunt, obstruatur, sed etiam ne Futuris: nisi diserte ita tantum de præsentibus fuerit, Lumina quæ nunc sunt, ut ita sint, *l. servitutes 23.*

5. De servitute ne prospectui officiatur.

Huic affinis est servitus Ne prospectui officiatur: *l. 3 h. t.* in qua id amplius est, ne quid objiciatur ad minuendum prospectum gratiorem, & quaqua versus liberum: cum superiore tantum illud contineatur, ne quid ad impediendum cœli aspectum fiat Itaque prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest, *d. l. lumen 16.*

6. Stillicidii vel fluminis servitus.

Est & Stillicidii vel Fluminis, in tectum areamve vicini Avertendi vel Non avertendi (ut quia mihi utile sit, aquam pluviam ex tuo tecto in meum hortum cadere) servitus, *d. l. 2. h. t. §. præd. urban. Inst. de servit.* Stillicidium autem, est casus stillæ: quod diminutivum, authore Festo, est a stiria, id est gutta frigore concreta. Stillicidium igitur est, quod stillatim ab alto cadat: Flumen vero, omnis aqua quæ continue fluit: ut cum pluvia perpetuo rigore, continuoque ductu per canales decurrit: *Varro lib. de ling. Lat.* proqua pluvia aqua hic flumen accipitur. Nam aquæ vel fluminis per agrum ductus, rustica, non urbana servitus est, ut infra dicemus. Ergo qui jus avertendi in vicini aream aut tectum stillicidii acquisivit, sive ut in eo cadat, sive ut per illud tubis ducatur (neque enim id sine servitute licet, *l. si §. fi. quod vi aut clam.*) is altius tollere stillicidium poterit: levior enim sit eo pacto servitus. Nam quod ex alto cadit, levius cadit, & interdum nec directè pervenit ad locum servientem. Inferius demittere non potest quia fit gravior servitus; futurum est enim pro stillicidio flumen. Ea de causa tecto quoque duci potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere. Produci non potest ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo imposita est servitus. Et omnino sciendum est, meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse, *l. servitutes quæ. 20. §. pen. h. t.* Ex quo liquet discrimen inter servitutem Stillicidii & Fluminis, atque hanc illa graviorem esse.

7. Tigna immittendi.

Servitus Tigna (quæ a tegendo dicta sunt, *l. 1. de tig. injuncto.*) immittendi in parietem vicini, cujusmodi sit, per se patet. Nemini enim licet in alienum parietem sine ejus consensu immittere, *l. hoc quod dictum. 25. h. t.* Nam lex XII. Tabularum, in eum qui convictus est furtim tignum alienis ædibus injunxisse, in duplum dat actionem, *tot. tit. de tig. injunct.* Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua ædificium constat: quanquam propriè pro trabibus quibus domus tegitur accipiatur, *l. tigni 62. de verb. signif. l. tigni. 7. ad exhib.* Hoc autem quod dictum est de immissis tignis, locum habet ubi ex ædificio alio in aliud tigna trabesque mittuntur, ut requiescant. *d. l. hoc quod dictum.*

8. Projectum habendi.

Nam si stipules, ut liceat mihi supra aream tuam habere Projectum, id est, longe extensum protectumve aliquid, ut Meniana & Podia pensilia, partes videlicet domus prominentes, unde aspectus est in vicos, (quas vernacula linguæ arcas, vel potius aceras vocamus:) hæc non servitus immittendi, sed projiciendi est, *l. 2. h. t.* Projectum enim id dicitur, quod ita protenditur ut nusquam quiescat, *l. malum 241. §. inter. 1. de verbor. signif.* quemadmodum Protegendi servitus est, licere tectum tuum supra alterius aream extendere ad protegendas ab injuria pluviæ ædes. Protegere enim est, tectum hujus rei gratia projicere: & ejuscemodi protecta, id est, partes tecti prominentes, quibus stillicidia a parietibus arcentur, Suggrundæ & suggrundia vocantur, *l. 5. § prætor ait ubi Budæus de his qui dejec. vel effu. l. penult. C. de ædif. privatis. tot. tit. de damn. inf. & suggrun. & protectis, Alcia. in d. l. malum § inter, &c.*

9. Oneris ferendi.

Huic vicina est servitus oneris ferendi, ut paries aut columna aliena onus nostrarum ædium ferat, *l. cum debere 33. h. t.* Jus etiam immittendæ cloacæ, servitus est, *l. jus cloacæ. 7. sup. tit. 1.*

10. Cloacæ.

Est autem cloaca, authore Festo a colluendo dicta, quod in eam colluvies immundiciarum & sordium recipiatur, ac per eam defluat, *l. 1. § 1. de cloac.* Hoc cum ad commodum habitationis fiat, nihil dubito, quin hæc servitus sit urbani prædii quamvis alii rusticam esse volunt, propterea quod Neratius *l. 2. infra tit. 1.* dicat: servitutes rusticorum prædiorum etiam esse has, licere Altius tollere & Officere prætorio vicini, & cloacam vel protectum habere. Sed ex ipsis speciebus, quas J.C. ibi refert, evidenter apparet, ipsum loqui de servitutibus urbanorum prædiorum, quibus jus cloacæ annumerat: nec aliud voluisse dicere, quam has etiam esse rusticorum prædiorum, id est, rusticis prædiis imponi posse, ut non modo Neratius nihil contra nos faciat, sed etiam opinionem hanc adjuvare videatur.

11. Foraminis.

Huic etsi confimilis esse videtur Foramen proluendi, hoc est, aqua adhibita abluendi pavimenti causa in pariete conclavis: tamē aliud longe est. Nam cū cloaca, quæ constituitur projici-

tuere in parietem communem aut vicini aream, habet perpetuam causam, meritò servitus est: at Foramen in suo habere, perpetuam causam non habet, Nam neque immittitur aliquid quod perpetuum sit, sed aliquando solum per foramen eluvies abluti detersique pavimenti emittitur: idque olim fiebat non scopis, ut nunc, sed spongiis madefactis, *l. quaesitum* 12. §. *item de fund. instruc. & instru. lega. Martial. lib.* 14. *Hac tibi forte datur tergendis spongia mensis*, quod quia in facto hominis consistit, perpetuum fieri nequit. Ex ejusmodi igitur foramine servitus, quae perpetuam sua natura causam habere debet, non consistit Jure civili: ejusmodi aqua non de coelo venit, sed manu, quoties pavimentum detergitur, operaque hominis immittitur: quare nec caussam habet perpetuam: nec servitus est, quae naturalem, & potentiâ, quamvis non actu, *l. cum usufructus* 13. *de usufruc. lega.* perpetuam causam habere debet, *l. 1. § flagitum ut in flum. publ. l. 1. § caput de aqu. quot. l. 1. §. hoc interdictum de fonte l. 5. h. tit.* eoque si ex eo foramine, quamvis perdiu pollesso, damnum aliquod sentiat vicinus, in factum ex l. Aquilia agere, *l. si fistula* 18. *h. t.* Damni infecti cautionem potest exigere, *l. si quid* 29. *h. t.* quia servitus consistit: quod alter est in servitute naturali, quae laedere servientem fundum potest, sic ut hoc nomine cautio nulla debeatur, nisi quatenus servitutis modus exceditur, *d. l. si fistula* 18. *h. t. l. si ambi §. servitutem infr. tit.* 2. Eadem ratione non est servitus Stillicidii vel Fluminis, quando tecta canalesque non aqua naturali pluviae, sed manu hominis affusâ purgantur, eademque aqua in vicini aream ejicitur. Constat tamen hic servitus, quia in tecta canalesque aqua quoque pluvia descendit. Quamobrem & foramen erit servitus, si in eum locum aqua ex coelo veniat: quae cum naturaliter cadat perpetuo cadere posse existimatur. *l. foramen* 28. *cum l. seq. h. t.*

21 *Positum non habendi*

Servitus positum non habendi est, cum vicino non licet in aliquo loco aliquid ponere, quod quoquo modo nocere meo praedio possit. Sed cujusmodi fuerit servitus, rustici an urbani praedii, & quis ejus usus, difficile est suspicari, cum uno tantum loco in toto Jure fiat ejus mentio, *l. si quando* 17. §. 1. *si servitus vindicetur.* Probabile tamen est, fuisse urbani praedii servitutem: cum Alfenus ibi dicat, locum in domo Caii, aedibus Anniii ita servisse, ut in eo loco positum habere jus ei non esset & positum habere aliquid ex sua natura magis praedio atque habitationi, quam agris aut fructuum perceptioni detrimentum afferat. Ac sicut sane edicto prohibemur in publicum positum habere, cujus casus nocere possit: *l.* 5. *inf. de his qui dejec.* ita ob hanc aliamve causam, nihil obest, cur inter vicinos non idem privatim possit convenire, ne quid aliquo scilicet aedium loco ponatur, quod ex casu aliove quovis pacto damnum dare vicini aedibus possit.

OBSERVATA.

Servitus alt. tol. an & quom. distincta ab alt. non toll.

N. III. *Altius tollendi*) Rectè Autor ad servitutes praediorum refert quoque jus *altius tollendi.* Idque probatur (1) *per text. expr. in l. 2. pr. de S. P. V. l. 2. de S. P. R. l. 7. §. 1. comm. praed. § 2. de act. l. 1. C. serv. & aq.* (2) quia exinde competit actio confessoria, realis & propria servitutum, §. *aeque ibi: veluti si quis agat jus sibi esse altius aedes suas tollendi, de action. arg. l. 2. si serv. vind.* (3) quia non parva est hujus servitutis utilitas, *arg. l. 15. pr. de ser.*

Dupliciter consideratur.

Etenim consideratur dupliciter: Primo ego possum altius tollere aedes ad meam utilitatem, etiam cum damno vicini, quod ipse pati cogitur, *d. §. aq.* quomodo meum praedium est dominans, vicinum est serviens. Sicque servitus manifestò in non faciendo consistit; quando vicinus pati cogitur, ut ego altius aedificem, nec ipse vel contra potest aedificare, vel fortè novum opus nunciare. Deinde potest dici servitus altius tollendi, ubi vicinus tenetur aedes suas altius tollere ad mearum utilitatem, ad quod ipsum ego cogere possum, *arg. l. 17. §. 1. l. 33. de S. P. V. l. 15. de nov. op. nunc.* ubi praedium meum itidem est dominans, vicinum vero est serviens. Hocque casu servitus ista manifestò in faciendo consistit, tenetur enim vicinus facere, aedificare, contra servitutum naturam s. proprietatem, *l. 15. §. 1. de servit.* Utraque verò interpretatio apud Dd. veteres in primis reperitur, atque defendi potest; quamvis prima communis sit, & textui *in d. § aeque*; magis conveniens: vid. Gl. *in d. §. aeque verb. tollendi versic. vel pone hoc exemplum in confessoria.* Petr. de bell. Pertic. post Joh. Fabr. *ibid. n.* 8. Joh. de Plat. *n.* 18. *& seqq.* Zas. *n.* 18. *& seqq.* Bart. & Paul. de Castr. *in l. l. 1. n. 1 de S. P. V.* Bart. Caepoll. *tr. de serv. c.* 26. Oldend. *class.* 3. *act.* 4. *in exemplis n.* 1.

Utilitas in casu posteriori.

Et utilitas esse potest in posteriori casu, ut venti arceantur; si via vicina est alte, domus verò mea depressa, ut vicinus in medio existens, aedificando faciat ne euntes per viam possint videre secreta domus meae: ut habeatur lumen κατὰ ἀντανάκλασιν, *arg. d. l.* 17. §. 1. ne lumen officiat pannis aliisve mercibus, mercatoris fortè aut pharmacopolae; quarum nonnullae lumina apertè aegrè admittunt: ut onera domus meae sustineantur, *juxta l. 33. de S. P. V. &c.* Caepoll. *d. c.* 26. Timae Fab. *disp. anniversf.* 15. *coroll.* Dn. Carpz. *ad const. Elect. Sax. p. 2. c. 4. d. 13 n.* 7. ubi refert responsum Scabinorum Lipsiensium.

In casu priori.

Emolumenta vero in priori casu varia totidem existunt, quot altitudo aliàs praestare potest commoditates. Locus autem sic est huic servitutis qualitati, si e. g. in civitatibus nonnullis sit certa mensura & forma, ultra quam nemo possit aedificare, *arg. l. 11. de S. P. V. l. 1. C. de serv. & aq. l. pen. §. 1. C. de aedific. priv.* ut de Florentia testatur Gl. *in d. l.* 11. & de quibusdam civitatibus Sueviae Caepolla *d. loc. & Zas. in d. § aeque n.* 18. ex statuto vel etiam pacto inter nonnullos constituta: postea verò pacto remittatur iste certus modus, ut ita alter ex concessione vicini nunc possit ipso invito ultra solitum aedificare, *arg. l. 21. de S. P. V. junct. l. 26. de except. rei judic.* Item si longo tempore praescriptum sit jus altius tollendi. Altera verò qualitas (ut sc. vicinus cogatur altius tollere vel non) indistinctè pacto constitui potest, quod altius tollere vel non, arbitrii & facultatis naturalis quidem sit, sed, cum privatam concernat utilitatem, pactis per modum servitutis limitari possit & determinari, *arg. l. 7. §. 14. de pact. l. pen. C. eod. junct. d. l. 21. de S. P. V.*

Respondetur Bach. dissentienti.

Neque hanc sententiam evertunt. 1. quod nulla sit ejusmodi servitus singularis, sed una eademque diverso respectu dicatur altius tollendi & altius non tollendi. 2. Pacto non constituatur de novo servitus, sed ante constituta tollatur, & libertas naturalis restituatur. 3. Improbabile esse quod Justin. ad casum tam singularem statui pactive respexerit. 4. quod servitutum natura non consistat in eo ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat, *d. l. 15. §. 1. de serv.* per quae in contrarium disputat Bachov. *ad Tr. vol. 1. disp. 17. th. 3. D. de act. disp. 2. th. 22. ad §. 3. n. 5. de S. R. & V. P. & in not. ad Ant. h. n.* 3. Respondetur enim ad 1. (1) discrimen servitutis altius tollendi & alt. non toll. apertè constare ex *d. l. 2. de S. P. V. l. 12. eod. §. 2. l. de act. & simil. supr.* à quibus minimè recedendum. (2) ubi semel mihi constituta est servitus altius tollendi, ut vicino invito possim aedes meas altius tollere, ille constituit illius servitutis alt. toll. quam ego habeo formaliter, vicinus verò tenetur pati ut ego sic in alieno luminibus ipsius officiam, ad quod mihi servit praedium ejus, & minuitur, meum vero augetur. Quo sensu quidem dici potest, eum qui habet servitutem alt. toll. aedes suas, habere quoque servitutem altius non tollendi; vicinus enim tunc non potest altius tollere. Verùm distinguendum est, juxta principia humanarum actionum, inter id quod directò agitur, & quod exinde sequitur. Directò & formaliter in servitute altius tollendi agitur, ut mihi liceat altius tolle-

re.

re. At per consequentiam, passivè & materialiter hoc intenditur, ne ergò vicinus contra altius ædificet; quo respectu mihi censetur esse in ipsius ædibus jus altius non toll. si enim vicinus vellet contra ædificare, impediretur jus altius tollendi mihi constitutum. Et servitus hæc dicitur æquivocè, nam jus altiùs non tollendi cujus leges meminerunt, atque servitus est juri altiùs tollendi contra distincta, plane alio significatu accipitur, *l.12.h.* Item admitti potest, eum qui servitute concessâ altius ædificat, habere tacitè jus quod ædes suæ liberæ sint à jure altius non tollendi. Nequaquam verò, si pacto se obliget vicinus ad altius ædificandum, is cui constituta est talis servitus, quodam respectu habet jus altius non tollendi: & proindè (5) inanis videtur subtilitas Bach. *in not.* quasi hæc formula: ajo mihi esse jus altiùs tollendi, sit actionis negatoriæ, & altera: ajo tibi non esse jus altius tollendi, actionis confessoriæ. Deindè servitus altius non tollendi quæ in ll. ita vocatur, & debetur ædificiis meis fortè an depressis, juxtà *l.12.h.* minimè includit servitutem altius tollendi, quia debens talem servitutem, licet viridaria super altitudinem eam habere possit, ædificare tamen prohibetur, *d.l.12.* Ad II. respondetur, interesse utrum pacto jus altius non tollendi tantùm remittatur, utrum verò simul constituatur, ut jure servitutis nunc liceat altius tollere: quo casu unà actum censetur, ut ita ædificantē alter non impediat, *arg.d.l.21.de S.P.V.l.10.de S.P.R.l.26.de Except.rei judic.* Idque validum est juxta principia gentium, qui ita voluerunt, *arg.l.sicut C. de O.& A. l.55. ff.eod.* vid. Dn. Frantzk. *exercit.5.q.2.n.2.3.6.& 7.* Ad III. R. alteram qualitatem hujus servitutis, quando sc. vicinus cogitur altius tollere, non indigere suppositione statuti aut pacti de certo modo ædificandi, qui postea remittatur: nihil tamen impedire, quin priori casu ista suppositio locum habeat, cum sæpius verba legis generalia ad subjectum qualitatemque habilem restringantur, *arg.l.11.de in jus voc.5.Eth.14.* Ad IV. respondendū est, isto casu ubi remissio jure altius non tollendi, pacto constituitur, ut nunc mihi liceat jure servitutis altius tollere, ejusmodi jus exactè convenire naturæ communi servitutum; vicinus enim ita pati cogitur, nec potest aliquid in suo facere, h.e. contra altius tollere & usum luminis obscurare. Ubi verò vicinus cogitur ædificare jure servitutis, videtur quidem id haud congruere naturæ servitutum; sed sciendum est, quod nec de substantia sit servitutum, ut quis patiatur nec faciat, sed tantùm de earundem natura; quippe in servitute oneris ferendi vicinus cogitur non modò pati ut ædificium meum in ipsius pariete recumbat, sed & parietem suum aut columnam reficere & collapsam restituere tenetur, *l.33.de S.P.V.l.6.§.2.l.8.§.2.si serv.vind.* Unde pacto induci potest, ut aliquid fiat in servitute, neq; hoc est contra genere servitutum, ut inquit Ulpian. *d.l.8.§.2.* vid. Paul. de Castro *in d.l.15.§.1.n.1.de servit.& l.1.n.6.de S.P.V.* Dn. Mantz. *d.tr.t.2.q.20.n.75.* ubi censet responsionem ad hoc dubium esse difficilem, ipseq; quatuor solvendi modos suggerit, *add.n.78.& plur.seqq.* Cæterùm à dicto jure altius tollēdi differt nunc servitus altius non tollendi, ubi in mearum ædium utilitatem, vicinus cogitur habere ædes depressas. In hac enim intendo directò & formaliter, ut vicinus altius non tollat, non verò ut ego ipse altius tollam, *§.2. Inst. verb. jus non esse adversario altius tollendi. de act. l.12.h.t.* Potest enim contingere, ut quis habens ædes depressas, metuat sibi à vicino altiùs ædificare volente, ut obscurentur suæ ædes, aut luminibus conclavis quod in ultimis ædibus retrò habet, officiatur. Avertere ergo hoc incommodum potest, si cum vicino paciscatur, ne ipse altius tollat. Sicque servitus simpliciter in non faciendo consistit, prohibeturque per eam simpliciter & directò naturalis illa vel usque in cælum ædificandi libertas. Neque ergò etiam hæc servitus altiùs non tollendi includit alteram altiùs tollendi, quia hæc per conventionem initam fuit prohibita & alteri repugnat. Neque dominans prædium aliud vult, quàm ut altiùs non ædificetur.

Serv. alt. non toll. quæ hic.

N. IV. *Ne luminibus officiatur*) Aliud est *lumen*, alia *servitus luminis*, alia adhuc *ne luminibus officiatur*. Lumen, ut cœlum videri queat: quod auferri planè non potest. text. in *l.16.eod.l.30.de usufr.* Quomodò in Facult. n. Jurid. responsum memini H. Cramern Goslariam, anno 1644. d. 30. Aug. verb. daß S. sich daran/ daß er gegen seinem Hauß über das Liecht behält und den Himmel sehen kan/ billig genügen lässet *sec. l. lumen 16. de S.V.P.* und derhalben C. ein solch quergebewde/ wie angedeutet / auff dem von ihm erkaufften Platze auffzurichten befugt sey. Cuilibet enim sic lumen, vel etiam fenestras quibus illud hauriatur, in suo habere licet, facultate naturali, *arg. l.5.§.5. si servit. vind. l.2. pr. & §.19. ne quid in loc. publ. l.24. & seqq. de damn. inf.* nisi fiat animo nocendi vicino, *arg. l.38. de R.I. l.9. de servit. l.3. de operib. publ.* Ita Dom. Antecessores Facult. ad senatum Wilmar. anno 609. 20. Nov. verb. daß Kläger an dem Orthe da bevor / nach eingenommen augenschein und anßweisung der Zeugen aussage / innerhalb 20. Jahren daß ietzo in streit gezogene Fensterloch gewesen/ dasselbe ferner zu haben befugt / gleichwol aber beklagten in dem seinen auffzubawen nicht benommen. Aliud est si *statuto* talis fenestra prohibeatur, *l.12.§.3. C. de ædif. priv.* Quod si quis per longum tempus non solum habuit fenestram in suo, sed & vicino per ædificationem impedire volenti contradixit, tunc *Servitus luminis præscripta est*, Dienstbarkeit des Tageliechts; quæ & pactis constituitur: *quâ vicinus tenetur lumina nostra (in nostro pariete) excipere jure servitutis in suo, l.4.h.t. nec contra quid erigere ibi potest quo lumina præcludantur, quod alioqui servitute non constitutâ liceret, l.9.h.t.* Conf. Dn. Mevium *ad jus Lubec. l.3.a.S. n.16.* alii servitutem luminis accipiunt, *quâ vicinus cogitur in proximo suo pariete pati fenestras meas apertas, quò ædes meæ fiant lucidiores.* Quæ nec improbabilis *d.l.4.* explicatio. Ita Fern. Weizeneg. *d.tr. diss.3.c.5.n.29.* post Schneidewin. *I. de S.P. n.24.* Conf. Idem Weizeneg. *n.29.30.& seq.* D. Mantz. *l.2.q.30.n.110. & mult. seqq.* & de servitute cloacæ, quod qui eam debet per suum fundum, eâ impletâ tamen egestionem non debeat, nisi peculiariter constitutam, Dn. Mevium *p.3. dec. 36.* Dn. Frantzk. *comm. h. n.13.* Ne luminibus officiatur est, *quâ vicinus luminibus meis quovis modo officere prohibetur*, etiam arborem ponendo, *l.16. l.17. junct. l.4. v. maximè. eod. t.* ein Dienstbarkeit daß das Liecht nicht verhindert werde.

Lumen.

Fenestram an liceat, habere in suo pariete.

Servitus luminū.

Ne luminibus officiatur.

TITULUS III.

De Servitutibus rusticorum prædiorum.

1. *Servitutes rustica, iter actus, via, quomodo differant.*

PRædia rustica sunt, quæ non in continentibus ædificiis, sed tum fructuum potissimum colligendorum gratia construuntur, *l. eo jure, 4. infr. in quibus causis pign. vel hyp. &c.* Servitutes igitur quæ præcipue ad utilitatem fundi fructusque colligendos sunt comparatæ, Rusticorum prædiorum servitutes appellantur: cujusmodi præcipuæ, magisque necessariæ sunt, Iter, Actus, Via, &c. *l. 1. h. t. in princ. Inst. eod.* quæ vocabula in hac materia, ubi pro servitutibus accipiuntur, diversa significant: cum alias promiscue pro omni jure usurpentur *l. quantum. al paries. 157. de verbor. significat.* ITER, quod ab eundo dicitur, authore Ulpiano, *d. l. . hoc tit.* EST JUS EUNDI (transitionis gratia, idque non modo pedibus, sed etiam sella, aut lectica, aut equo, *l. qui sella. 7. l. inter. 12. hoc tit.*) AMBULANDI (quod etiam sanitatis voluptatisque ergo fieri potest) HOMINIS: ejus videlicet ad quem fundus, cui servitus constituitur, pertinet, ad hunc enim solum jus servitutis adhærescit, & ita quidem, ut nec locare alteri servitutem possit, *l. locare 44 inf locat* quamquam per servos, colonos, fructuarios, aliosque qui ejus nomine possident, servitute uti possit, *l. usu. 10 quemadm. serv. amitt. l. si mulieri. 22. quibus mod. usufr. amitt. l. 1. §. ei cujus. & § penult. de itin. act. priv.* Merito autem adjectum est, Hominis: ut sciamus, servitute itineris jus agendi jumentum vel vehiculum non contineri. ACTUS EST JUS AGENDI VEL JUMENTUM VEL VEHICULUM. Agere enim propriè ad animalia pertinet, *l. ferri 235. de verb sig. Cujac. ad Paul lib. 2. tit. 17.* Inter actum igitur & iter nonnulla est differentia. Iter est, quo quis pedes, vel eques commeare potest: actus vero, ubi & armenta trahere, & vehiculum ducere licet, *l. inter 12. h. t.* Itaque qui iter habet, actum non habet: qui actum obtinet, iter habere videtur. *l. 1 h. t.* id est, itineris commoditatem: nam in majori includitur id quod minus est, non econtrario. Ergo revera distinctæ sunt hæ servitutes, *l. loci 4. § 1. infra si servitus vind.* quamvis in actu non possit itineris usus non inesse, *l. qui usumfruct. 58. de verb. oblig.* quo itinere, uti poterit etiam sine jumento. Minor est differentia inter Actum & Viam, QUÆ EST JUS EUNDI ET AGENDI ET AMBULANDI. Nam iter & actum via in se continet. *d. l. 1 vers. via unde omnino quæ dixi Inst. de serv.* cum actus idem omnino, nempe eundi agendiq; jus cõplectatur: etsi igitur effectu non admodum differant, re tamen ipsa separatæ sunt & diversæ servitutes, *vide quæ dixi Inst. de servit.* Actum enim, ut dixi, per se non ipsum jus sive servitutem eundi comprehendit, sed tantum per quandam consequentiam & ex interpretatione, itineris utilitatem: quemadmodum & jus vehendi non propriè, sed in consequentiam tantum jumentorum trahendorum jus complectitur. Præcisè itaque & propriè facultatem solum agendi jumentum, actus continet. At in via simpliciter & ex proprietate verbi utraque servitus, & Iter, & Actus & jus vehendi, unde Via quasi veha dicitur, inest, ut fortasse scripserit Ulpianus *in d. l. h. t.* VIA EST JUS VEUNDI: ubi nostra exemplaria habent Eundi. Itaque qui actum habet, tantummodo agere potest: trahere vero lapidem aut lignum, hastamque rectam ferre non potest: quæ omnia faciendi jus illi est, cui viæ servitus debetur, *d. l. qui sella. 7 h. t.* Quin etiam secernuntur hæ servitutes latitudinis modo, qui in itinere actuque aut conventione constituentium, aut si nihil convenit, per arbitrum determinatur: *l. certo 13 § 1. h. t.* & cum plurimum, authore Varrone *l. 4 & 6. de lig. Lat.* Iter ad duos pedes, Actus ad quatuor in porrectum, ad octo vero in anfractum. At si de via nihil convenit, legitima latitudo debetur: *d. §. 1* quæ ex lege est. Tabularum in porrectum octo pedes habet, in infractum, id est: ubi flexum est, sedecim, *l. viæ 8 h. t.* De his Varro ad hunc modum, *lib. 4. de ling. lat.* Qua agebant Actus: qua vehebant, Viæ dictæ: quo fructus convehebant, villæ; qua ibant. ab itu Iter appellarunt: qua id anguste, ut semiter dictum. *Et lib. 1. de Re rust. cap. 2.* Villicus agri colendi causa constitutus, atque appellatus a villa, quod ab eo in eam convehuntur fructus, & evehuntur: a quo rustici etiam nunc viam Veham appellant, propter vecturas: & vellam, non villam, quo vehunt. Et hoc quidem modo hæ servitutes a se invicem differunt. quarum aliqua constitutio ita per omnem agrum diffunditur, ut omnes glebæ serviant, *d. l. certo §. .* & per quamlibet fundi partem ire liceat, *l. si mihi 20. h. t.* Quod tamen civili modo accipiendum est. Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire sinendus est, qui id æque commode per alteram partem facere possit, & minore servientis fundi detrimento, *l. si. cui 9 sup. de servit.* Itaque aut convenire inter constituentes de modo itineris solet, aut dato arbitro iter determinari: & quam primum determinatum est, servitus inibi consistit, cæteræ partes agri liberæ sunt, *d. l. certo §. 1.* Ac liberæ quidem usu itineris, & effectu, quia per illas amplius ire agere non licet: non tamen ipso jure obligationis, & debitione liberatæ. Nam totus nihilominus fundus servitutem debet, quæ pro parte esse non potest.

2. *Servitus aquæductus.*

Quarta servitus rusticorum prædiorum, est AQUÆDUCTUS: quam ita definit Ulpianus *in d. l. 1. h. t.* ut sit JUS AQUÆ DUCENDÆ PER FUNDUM ALIENUM, quod vel canalibus ac digitis, vel etiam ducta fossa fieri assolet. Ducitur autem aqua aut publica, aut privata. E publica aqua, ut flumine publico, nihil impedit quo minus quisque ad suum agrum irrigandum ducere possit: nisi Imperator aut Senatus vetet: si modò ea aqua in usu publico non sit, *l. 2. de flumin. l. Imperatores. 17. h. t. l. si autem 10 §. fin. de aqua plu. arc.* Sed si aut navigabile flumen est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere, *d. l. 2.* ne iter statioque navigii, id est usus navigandi corrumpatur, vel difficilior fiat, aut minor aut rarior, aut in totum auferatur, *l. 1. in princ. & §. navigiu, de flum.* idemque servabitur, si ad alium Reipub. usum conducat. cujusmodi erat aqua, quæ magnis sumptibus rivis fossisque ducebatur in urbem Romam, castellisque recipiebatur, ex quibus ducere fas non est, sine permissu Principis, ne privata utilitas publicis commoditatibus præferatur, *l. 1 § permittitur. de aqua quoti & æst.* In privatæ vero aquæ, sive fontis, sive fluminis, live cujuslibet (quæ tamen perpetuam habet causam, *d. l. foramen sup. tit. 2.*) ducendæ vel etiam quærendæ, *l. Labeo h. t. vide Govean. lib. 1 c 19,* concedendo jure, non tantum eorum quorum in loco aqua oritur, verum etiam illorum ad quos ejus aquæ usus pertinet, id est, quibus servitus aquæ debetur, voluntas exquirenda est, nec immerito, *l. in concedendo 8. de aqua plu. arc.* cum eorum jus imminuatur, *ex ratione l. ult. C. de author. præst. quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari.* In universum autem illud observandum est, neque publicam neque privatam aquam per alienum agrum, nisi impetrata a domino fundi hac aquæ ductus servitute, duci posse, *l. 2. C. de servit. l. quemadm. 28 ad l. Aquil.* & ipsum ductum oportere ad certum usum fundi pertinere, ut eatenus ducatur, quatenus illi opus est, non autem ut quocunque ducere, *l. 1. §. præt. 17. de aqua quotid. & æstiv. l. ergo 5. in fin l. pen. hoc tit.* (nam tunc non prædii. sed hominis jus est, *d. l. pen. h. t. d. l. 1.*) aut alteri ex nostro aquæductu aquam concedere liceat, nisi id etiam nominatim convenerit, *l. ex meo 24. l. cum essem. 33. §. 1. h. t.*

3. *Aquæ haustus.*

Præter has, inter rusticorum prædiorum servitutes computantur AQUÆ HAUSTUS *l. 1 in fin h. t.* id est, jus hauriendi aquam ex flumine, fonte, puteove privato (nam ex flumine publico etiam sine servitute haurire licet, *l. 3. §. fi. h. t.*) quatenus ad fundum nostrum opus sit *l. 5. in fi h. t.* Est enim non hominis, sed prædii jus, *l. si mihi 20 §. fi h tit.* Itaque prædio constitui in dubio intelligitur, *l. 2. 3 §. 6. l. Lucius. 39 h. t. l. pater de serv leg ubi Castr & Dd.* Quod si expressim ad usum personæ concedatur, personalis etiam erit servitus, *l. usus 22 l. pen. in l. divus 23 de usu & hab l. Lucius. 37. De serv. rust. præd. glo. in l. 1. §. fi. ver. computanda. h. t. Cyn. in l. ult. num. 1 C. de præscrip. long. temp Bar. in l. 1 n. 2. & l. ut pomum de ser. & in l. pecoris. 5 ubi Castr h. t. Ang. in §. si Inst eod Capol. de ser. rus. c. 2. num. 6. & de ser. rust præd c. 4 & de aquæduct n. 5. & 6.*

4. *Ius pecoris appellendi, pascendi &c.*

Item JUS PECORIS AD AQUAM APPELLENDI AUT PASCENDI, *d. l. 1. in fin l. 3. in prin. l. 4. h. t.* jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, cretæ lapidisque eximendi. *d. l. 5 l. vend 13 inf. tit 1.* scilicet ædificandi ejus gratia quod in fundo est, *l. veluti 6. h t.* nam alioqui ususfructus potius esset, si pro arbitrio lapides cretamve, &c. fodere, eaque se quæstum facere ex vicino agro liceret, *l. item si fundi. 9. §. 2 sup. de usufr.* Adde his jus navigandi per perpetuum vicini lacum, *l. via 23. § 1. h t* aliaque id genus, *l. 3 l. qui duo 23 h. t d. l. venditor* quæ si personæ constituantur ad ejus usum, personales sunt, *l. pen. 22 l. divus 23. l. usus. de usu & hab. l. pen h. t l. 1. de usufruct. lega. l. Mela l. quidam. ubi Bart. & Dd. de alimen. legat. l. Lucius 37 h tit.* neque personam excedunt, nec in hæreditatem transmittuntur, *d l usus. de usu & hab. d. l pecoris. . l. Lucius. 37 h t. l. cum servitus 39. §. si quis 9 de leg. 1 d. pater de serv lega. l. Mela de alimen legat* de quibus hic agitur, eoque utile est, in scripturis & instrumentis constitutionum semper exprimi hanc causam utilitatis prædialis, *Capoll. de servit. cap. 2. de serv. rus. num. 6.*

OB-

OBSERVATA.

Actus ab itinere & via ut differant.

N. I. *At in via simpliciter*) Ratio est, quia *ex itinere & actu essentialiter* constituitur via, *fac l. 13. §. 1. de accept. l. 1. §. 2. 4. 7. de itin. act. priv.* secus in actu, in quo iter saltem per consequentiam venit. Nam quamvis actus sine itinere esse nequeat, *l. 1. de adim. leg.* tamen qui habet actum, jus agendi *formaliter* habet & jure servitutis, at iter materialiter, *l. 4. §. 1. si serv. vind.* Add. Dn. Mantz. *d. tr. tit. 3. tot. q. 2. & seqq. it. q. 12. & 18.* quidque possit vel non, qui servitutem itineris habet, latissimè exponentem eundem *n. 25. & mult. seqq.*

Quædam serv. reales fiunt personales.

N. IV. *Quod si expressim*) Illud hic notandum venit, (1) quod quædam servitutes reales possint fieri personales, si *principaliter personæ* non rei constituantur, *quia quamvis natura sint reales & rei serviant, tamen per consequentiam etiam personæ, cujus dominio res cui servitus debetur, subjecta est, utilitatem præstant. E. ipsarum natura facilè ita commutari potest, l. 22. l. 23. de usu & habit. l. 14. de alim. leg.* (2) quod servitutes quibus de h. t. agitur, naturâ suâ atque ratione originis sint rusticæ, ex usu tamen possint aliquando fieri urbanæ, *l. 20. §. 1. de S. V. P. l. 17. h. junct. l. 11. §. 1. de publ. in rem act.* & ead. ratione illæ quæ natura sua urbanæ sunt, possint aliquando fieri rusticæ, *l. 2. h. t.* Atque hoc casu istæ servitutes ad hæredes non transmittuntur, *si constet ad personæ utilitatem illas primariò esse constitutas, arg. l. 21. de us. & hab.* In dubio autem, ubi inter duos qui prædia habent, res acta est, & jus constitutum ad utilitatem prædii spectat, *intelligitur constituta servitus realis,* (quæ sequitur prædium & singularem quoque successorem, *l. 30. h. t. l. 12. tit. seq.*) sec. regul. præsumptionum.

Nec transeunt in hæredes.

TITULUS IV.

Communia prædiorum, tàm urbanorum, quàm rusticorum.

1. Communia tituli.

Minimè novum est, postquam de diversis speciebus separatim tractatum est, expositumque in quibus differant, ostendere quibus conveniant, quæque inter se habeant communia, *t. t. comm. utri. jud. & tit. communia de leg. & fideicomm.* Itaque cum hactenus de servitutibus urbanorum & rusticorum prædiorum separatim dictum sit, jam hoc in titulo communia quædam de utrisque præcepta, loco non inconvenienti proponuntur: de quibus quoniam & supra, cum de natura servitutum loqueremur, aliquid actum est, hic dicendum erit parcius.

2. Quæ habeant inter se servitutes communia.

Primò igitur in hoc conveniunt, quod utraque servitus prædiorum appellatur: quia sine prædiis neutra constituitur. Non enim potest nec acquirere servitutem, vel urbani vel rustici prædii, nec debere, nisi qui habet prædium, *l. 1. h. t. vide quæ dixi Institut. eod. in princ.* II. Quod fundum sequantur, unaque per alienationem transeant. *l. cum fundus. 12. h. t.* III. Quod tam stipulationibus aliisque conventionibus, quam testamentis possunt constitui. *d. l. vend. l. proprium. 5. l. potest 16. h. t. l. 3. sup. de usufru. junct. l. 5. sup. de serv.* IV. Quod unusquisque eas suo tantum fundo, non alieno acquirere vel imponere potest.

3. Quare socius imponere servitutem nequeat.

Unde & unus ex sociis communi fundo servitutem aut acquirendi aut imponendi facultatem non habet, *l. unus, sup. tit.* 11. Si tamen omnes socii diversis temporibus id faciant, ex novissimo actu etiam superiores, confirmantur. Perinde atque si illo ipso hujus novissimi actus tempore omnes simul cessissent, *l. fin. h. t.* Duorum autem prædiorum dominus, alteri quod tradit, servitutem, aut imponere aut acquirere potest, *l. 3. 5. 6. 7. 8. 9. 11. h. t.* V. Nec reb. sacris aut religiosis, aliisque juri humano exemptis, neque publicis, ullæ servitutes privatâ lege imponuntur, *l. 4. d. l. venditor h. tit.* VI. Si per hæreditatis aditionem servitutes confusæ fuerint, eâ hæreditate venditâ restituuntur: quia id agitur, ut emptor hæres extitisse videatur, *l. si ei 9. hoc tit.*

4. Servitute concessa, videntur omnia concessa ad usum ejus necessaria.

VII. Concessâ qualicunque servitute, intelliguntur, & eâ concessâ, sine quibus servitute uti integrum non est. Verbi gratia: Super tuum fundum jus mihi sit aquam aut cloacam ducere, tigna parieti imponere, &c. tacitè hæc jura sequuntur, ut reficere mihi liceat (nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem deberi asserit, *l. etsi forte 6. §. etiam inf. tit. 1.*) & adire cum fabris per tuum fundum, qua proximè possum, ad reficiendum. *l. refectionis 11. hoc titul.* Ultimò, uni loco plures servitutes possunt imponi, si prior à posteriore non impediatur. *l. qui per certum 15. hoc tit l. 1. §. fin. l. per quem 14. sup. tit. 1. l. Lucio. 4. de aqu. quot. & æst.*

OBSERVATA.

N. II. *Constitui*) Separandam esse constitutionem à promissione monet Bachov., *h.* quod quomodo verum sit, ostendimus *ad tit. de serv. n. 5. verb. constitutus.* Cætera h. t. rectè habent, plurib. exposita Dn. Frantzkio. *comm. h.* & novissimè Dn. Mantzio atque ab hoc subinde laudato Weizeneggero, *tot. tit. 4.* quos consuluisse non pœnitebit.

N. IV. *Et ea concessâ*) Servitutem si quis debet in fundo, etiam facere licet & pati oportet, sine quibus illa non prodest, etsi cum magno incommodo sit conjunctum, haud verò quod ultra necessitatem utile, nisi alteri non sit grave, Dn. Mevius *p. 3. decis. 35.* Cæterùm pertinet ad h. t. quoque servitutis usus quomodò sit determinandus, Idem fieri debeat, *p. 3. p. 2. d. c. 371.* & determinatio per quos & quomodo *dec. 372.*

TITULUS V.

Si Servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

1. Actiones confessoria & negatoria.

De servitutibus in rem actiones competunt nobis, ad exemplum earum quæ ad usumfructum pertinent, tam confessoria quam negatoria. Confessoria, jus est vindicandarum servitutum, *l. 1. §. ult. de remission.* vindicatio servitutis, *l. creditori 9. de oper. no. nunc.* petitio *l. si 16. l. 4. de servit. juncta. l. actio 28. de oblig.* Negatoria illi contraria, *l. sicut 8. in princip. hoc titul.* quæ libertatem prædii à servitute vindicat, hancque deberi negat. *glos. verb. jus & verb. alterutrum §. æquè Instit. de actio.* utraque civilis *d. §. æqu.* specialis & perpetua. *l. 3. in princ C. de præscript. 30 ann.* in rem, *l. 1. comm. prædio. d. l. 3. l. 4. § competit. vers. in rem actione l. 6. §. 2. vers. hac actio. hoc tit.* petitorii judicii *l. etsi 6 § 1. si serv. vind.* arbitraria *l. harum. 7. si serv. vind.* alia directa, *l. 1. 2. 4. hoc tit.* alia utilis, *l. ei. 16. sup. de servis l. servitutes 20 §. 2. de serv. urb. præ.* Confes-

soria,

soria competit domino prædii dominantis, qui servitutem esse suam intendit. *l. 2. §. 1. hoc tit. l. si 16. sup. de serv.* aut aliis qui jus in re habent, cujus nomine vindicare possunt, *d. l. si. 16. Creditores 9. de op. no. nunc l. 1. § 1. de remiss.* negatoria domino prædii servientis, qui deberi servitutem negat, datur. *l. 2. hoc tit. Ins. & Dd. in § æque Instit. de act. quo loco aliquid annotavi.*

2. Quibus dentur.

Confessoria quamvis ad usumfructum vendicandum domino fundi non detur. *l. uti frui 5. in prin. sup. si ususfr. pet.* tamen ad confitendum petendumque servitutis jus, domino prædii cui servitus asseritur, competit: & huic quidem soli. Nemo enim vendicare servitutem potest, quam qui dominium in fundo vicino habet, cui intendit eam deberi, *d. l. 2.* Sed & negatoria soli domino fundi competit: quia omnes, ut inquit J.C. actiones de servitutibus, sive rusticis, sive urbanis eorum sunt, *l. 2. l. 6. §. 2. h. t.* Perinde autem est, sive quis in solidum, sive pro parte dominus sit. Unde & servitutem communis prædii unus ex sociis aut confiteri aut negare potest *l. an unus 11. l. si cum 14. §. 1 l. si de communi 19. hoc tit.* Unicuilibet enim sociorum actio in solidum competit, cum solida & tota servitus debeatur, & toti fundo, & omnibus ejus partibus, *l. 4. §. si fundus. 2. h. t. l. nam satis 6. §. 1. inf. tit. 8.*

3. Adversus quos.

Agitur autem confessoria non tantum cum domino prædii, qui servitutem deberi negat, sed adversus omnem omnino qui eam impedit, *l. si quis diuturno 10 §. 1. hoc t.* Item negatoria adversus quemlibet indebitum sibi servitutis jus usurpantem. Ut autem unicuilibet ex sociis, in solidum hanc actionem competere diximus: ita adversus unumquemlibet quoque datur. *d. l. 4. § si fundus n.*

4. Ad quid dentur.

Præter principalem utriusque actionis intentionem, quarum altera petitur servitus, altera negatur: illud quoque officio judicis, pe inde atque in vendicationibus continetur, ut in posterum caveat reus de jure agentis non imminuendo, aut impediendo, *l. harum 7. l. at, 12. h. t. l. unic. C. ut poss. Paul. lib. 1. sent. 11. ubi Cujac.* Veniunt quoque fructus in has actiones, *l. etsi. 6. §. ult. h. t.* & si quid interest actoris servitutem aut non fuisse impeditam, *l. 4. §. 2. h. t.* aut non usurpatam, *l. 4. §. l. 6. § si h. t. l. pe. sup. si ususf. petat.* Sed de his plura paulo *ad tt. sup. si ususfr. petat. vide Ias. & Dd. in d. § æque. Instit. de act.* unde diximus, ut nihil necesse sit eadem hic iterum inculcare.

OBSERVATA.

In confess. probat actor.

N. I. *Suam esse intendit*) Exindeque actor servitutem suam esse probare debet: *quod pro adversario militet præsumptio juris, quâ quodlibet prædium liberum præsumitur, l. 8. l. 9. C. de servitut.* Adeò ut licet asserens servitutem sit in ejus q. possessione, ab onere tamen probandi non relevetur, Fulv. Pacian. *l. 2. de prob. c. 20. n. 7. & 8.* Thom. Merckelb. apud Klock. *tom. 2. cons. 8. n. 134.* Schneidevvin. *ad §. æque, I. de act. n. 39. & aliq. seqq.*

In negat. reus.

Secus est in negatoria. *quia actor hic agit negative* (jus servitutis alteri competere negans, unde & contraria actio dicitur in *l. sicuti. si servit. vindic.*) *reus verò affirmat*, asserendo sibi jus esse in re aliena: *ideoque hic probare debet, l. actor. C. de probat.* Nisi actor negatoriam exercens, fateatur adversarium quid fecisse quod soleat fieri jure servitutis, sed addat id ipsum factum esse clam, vi, aut precariò; tum enim actoris est hoc probare, quod *ejusmodi facta, utpote delictum sapientia, haud præsumantur.* Vid. not. *n. 2. si ususfr. pet.*

Quid hic probandum.

Cæterum in Confessoria actor probare tenetur non tantùm I. servitutem suam esse, ut dixi, quod ostendendum est per modos, quibus constituitur & acquiritur. Sed & II. dominium; quia hæc actio regulariter non nisi domino competit, *l. si fortè. §. hæc autem h. t.* & III. Turbationem seu impedimentum, quod facilè fieri potest per actum, quo impeditus fuit uti servitute actor. In Negatoria probanda veniunt I. Usus sc. turbatio attentata. II. Dominium. Cujus nomine distinguendum. Nam si agens est in possessione fundi, præsumitur dominium indeque & libertas. Si non est in possessione, dominium exactè probari debet. Schneidvv. *d. § n. 36.* add. Dn. Mantz. *tot. tit. 5.* quæcunque huc pertinent omnia optimè exponentem.

TITULUS VI.

Quemadmodum servitutes amittuntur.

1. Servitus amittitur sicut ususfructus.

Quibus ususfructus, iisdem ferè modis servitutes amittuntur: præterquam quod sicuti ususfructus morte, aut capitis diminutione ipsius domini, non pereant. *l. 3. h. t.* Nec enim sunt personales, sed prædii servitutes: quo salvo, integræ salvæque perdurant.

2. Consolidatione.

Ut autem ususfructus consolidatione, ita servitutes confusione extinguuntur: si idem utriusque prædii dominus in solidum esse cœperit *l. 1 h. t.* nec enim cuiquam res sua servire potest *l. in re communi, 26. sup. de serv. urban. præd.* Dico in solidum: nam si pro parte tantum fiat dominus, pro parte servitutem etiam totam retinebit: *l. ut pomum. 8. § 1. sup. de servit.* perinde atque cum pluribus fundis iter mihi debentibus medium fundum acquiro: manet enim servitus, quia uti illa in re aliena non desino, utpote quæ adhuc per primum & ultimum prædium, quæ aliena sunt, debeatur. *l. si cum servitus 18. hoc tit.*

3. Actu contrario.

Deinde & actu aliquo concesso, qui servituti ita contrarius sit, ut durare simul nequeant, extingui eam necesse est. Ut si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam, & permisero potestatem tibi in ea ædificandi; aut per fundum via mihi debeatur, & concedam in eo loco, per quem via debetur, aliquid fieri atque extrui, quo viæ planè usus auferatur, *l. si stillicidii 8. hoc titulo.*

4. Interitu rei.

Tertio, rei interitus servitutem quoque extinguit. Ut si locus viæ impetu fluminis, aut ruina, vel chasmate amittatur: in quo tamen id notandum est, viâ publicâ hoc modo amissâ, vicinum proximum viam præstare debere, *l. si locus 14. in fin. hoc tit.*

5. Resoluto jure imponentis.

Quarto, si hæres fundo, qui sub conditione legatus est, imponat servitutem, conditione existente, illa extinguitur: quamvis acquisita fundo ad legatarium transeat: *l. si cum via. 11. §. fin. h. tit.* cujus conditio melior facta hæredis fieri potest, deterior nequaquam.

6. Non utentis negligentia.

Postremò non utentis negligentia amittitur: olim quidem biennio, exemplo cæterarum præscriptionum: hodie 10. annis inter præsentes, viginti inter absentes: *l. pen. C. de servit.* idque, si continua sit servitus, ita ut singulis diebus uti liceat. Nam si ita constituta sit aqua, ut vel æstate tantum ducatur, vel alternis annis aut mensibus, duplicato constituto tempore, nempe viginti annis inter præsentes, 40. inter absentes amittetur, *l. si sic. 7. hoc tit. fin. C. de serv.* Jure nostro Sax. sicuti cæteræ res soli, ita & servitutes his adhærentes, uno & triginta annis atque aliquot diebus: hoc est, sepumanis, & acquiruntur, & amittuntur, non utendo *Sax. lib. 1. art. 26.* Dixi autem, negligentia amitti. Nam necessitas, qua quis servitute uti prohibetur, ut semper alias *l. unic. §. 1. ubi glo. de offic. cons. & de off. ejus cui mand. est jurisd.* ita & hic excusationem habet. *l. si locus 14. hoc tit. l. unus 34. in fin. cum l. seq. sup. de serv. præd. rust.* Is autem dicitur non uti, qui nullo modo & omninò non utitur. Etenim si partim exutatur, tota retinetur servitus, *l. 2. l. 6. d. l. si. stillicidii. §. fin. cum l. seq. hoc tit. l. una est via 18 sup. de servit. rust. prædio.* ut & si socius, aut alius quilibet nostro nomine, quasi debitâ servitute usus fuerit, *l. 5. 6. si communem. 10. l. usu. 20. cum. 4. ll. sequen. h. tit. l. 1. §. si cujus, 5. l. 3. § uti videamus. 4. de itin. actuque privato.* Usus autem dici non potest, nisi qui tanquam suo jure suaque servitute uti se credit: *l. si h. s.* non qui pro via publica, aut alieno jure, aut alia quam de qua agitur, servitute utitur. *d. l. si communem §. 1 l. si quis alia 18. in prin. h. t.* Et hæc in servitutibus obtinent, nam libertas non amittitur non utendo, nisi fuerit interpellata *d. l. 18. in fin. h. tit. l. si præses, ubi Dd. C. de serv. Ang. in § præd. n. 3. Inst. de ser. urb.*

O B S E R V A T A.

Non utendo amittuntur servitutes. Rusticæ & continuæ solo non usu, per longum tempus Discontinuæ annis 40.

N. VI. *Idque si continua sit servitus*) Acquiruntur servitutes j.civ. ex veriori sententia indistinctè 10. vel 20. annis *l. f. C. de servitutibus in fin.* At in amissione differentia est. Continua enim (*ratione usus & ex accidenti ita dicta, ut aquæ haustus, quo quis uti potest quovis tempore*) seu quotidiana 10. annis inter præsent. & 20. annis inter absentes perit, *l. pen. d.t.* Sed quæritur *quodnam tempus hic duplicetur?* Respondent Dd. communiter duplicari saltem 10. annos. *ita ut servitus non habens continuum tempus, indistinctè inter præsentes & absentes, amittatur tantùm 20. annis, per l. f. C. de serv.* Quod equidem pro justo est externâ ratione, *favore libertatis & odio servitutis*, adeò ut etiam ignorans sibi competere servitutem, non utendo eam illo tempore amittat. *l. 19. §. 1. h.t.* Dissentit Wes. *h. per l. 7. h.t.* quod 20. annis inter absentes acquiratur, ergò etiam duplicato illo tempore scil. 40. annis inter absentes amittatur: & ejusdem sententiæ esse dicitur Weitzeneggerus apud Manzium *d. tr. t. 6. n. 83. & seqq.* Sed Resp. quodnam tempus duplicetur, explicandum esse *ex l. f. C. d. t.* Quoad *continuas tamen differentia est inter rusticas & urbanas.* Illæ solo non usu per longum tempus amittuntur, licet præscribens libertatem nihil faciat. In his etiam requiritur factum prædii servientis, ita ut impediat dominum prædii dominantis servitute uti volentem, atque sic libertatem usucapiat. Sic enim licet tignum eximam, non amitto servitutem (modò foramen maneat tigni immittendi) nisi vicinus etiam obduraverit, & ita habuerit per 10. annos. *l. 6. de S. P. U. l. 18. §. 2. h. t.* Vid. Goth. *ad l. pen. C. de servit.* Schneidvv. *ad §. f. Inst. de servit. n. 26.*

In continuis urbanis præter non usum & contradictio requiritur.

DIGESTORUM LIB. IX.

TITULUS I.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

1. Continuatio tituli.

PRoxima & planè consimilia actionibus realibus, quas hactenus exposuimus, ea sunt judicia personalia, quæ quando nec ex contractu, neque maleficio dentur, naturam realium induunt.

2. De quadrupede actio ex lege 12. Tab.

Ex his pene vetustissima est, de quadrupe actio. *vide Exod. cap. 21.* est enim prodita lege XII. Tabularum, quæ vult animal quod noxiam commisit, dedi: aut æstimatio noxiæ, id est, ipsius delicti sive damni, præstari postulatur, *l. 1. in princip. hoc titul.* Cujus quidem vetustis juris confirmandi gratia prætorem in eam rem edictum proposuisse apparet, *d. l. 1. §. au prætor 1.* Neque id mirum, cum & ædiles in hanc curam incubuisse videamus, *l. hi enim 40. cum l. seq. de ædil. §. fin Inst. eod. tit.*

3. Edictum.

Verba autem sive legis 12. sive edicti, aut hæc aut similia fuerunt: SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICETUR. EI CUJUS INTERERIT, IN EUM QUI DOMINUS ERIT, QUO TEMPORE DE NOXIA QUÆRETUR, ACTIO ESTO, UT VEL NOXÆ QUADRUPEDEM DEDAT, VEL NOXIÆ ÆSTIMATIONEM PRÆSTET. Etsi de quadrupede tantùm lex loquatur, tamen bipes animal si damnum dederit, ex mente legis utilis actio dabitur. *l. pen. h. tit.*

4. Ejus explicatio.

Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest dici animal injuriam fecisse, quod sensu caret. *l. 1. §. 1. demique.* Itaque ex sententia Servii, tum hæc actio locum habet, cum commota feritate, contra naturam ejus generis: omnium nocuit quadrupes. Ut si equus calcitrosus calce percusserit. *Vide Paul. in c. significasti, de homic.* aut bos cornu petierit, canis momorderit, &c. Nam si genitalis sit feritas, ut est in ursis, leonibus, &c. cessat actio: quia ejuscemodi ferè simulatque custodiam evaserunt, desinunt in nostro esse dominio, *d. l. 1. §. 1. cum §. seq. hoc tit. Inst. eod. in prin.* Quod si verò in custodia negligentius asservatæ, damnum dederint, non hac actione, sed ex ædilium edicto dominus convenitur, *l. hi enim 40. cum ll. seq. infr. de ædil. edict.* Hæc autem intelligenda sunt, cum citra cujusquam culpam, suâ lasciviâ, aut fervore, aut feritate animal nocuit. Nam si vel culpa alicujus, vel instigatu, pauperiem fecit, hac actione cessante, damni injuriæ ex lege Aquilia, cum eo qui in culpa est, agetur. *d. l. 1. §. quod si propter.* Quod si quis ipse in se feram pinnavit, nulla est actio, *l. 1. §. 1. verb. instigatu h. t. Paul. lib. 1. t. 15. l. item Mela. §. item cum eo. ad L. Aquil.*

Subjungitur, EI CUJUS INTERERIT. Non enim solum domino rei, cui damnum illatum est, datur hæc actio: sed omni cujus interest, ut commodatario, *l. 2. h. t.* &c. Additur IN EUM QUI DOMINUS ERIT, &c. nam in quadrupedibus noxa caput sequitur, quemadmodum in hominibus: ut adversus dominum hæc actio detur, non cujus fuerit quadrupes cum noceret, sed cujus nunc est cum agitur, *d. l. 1. s. §. & cum etiam. 6.* Sanè si plurium sit animal, adversùs singulos erit in solidum noxalis actio, sicuti in homine, *d. §. & cum etiam vers. si commune.* Noxales enim actiones divisionem non recipiunt, *l. si servus servum 17. §. 1. infr. tit. 1.*

5. Cui, adversus quem detur hæc actio.

6. Ad quid detur.

Addit prætor, UT VEL NOXÆ DEDAT, &c. In quo notandum est, etsi juxta præscriptam hic formam alternativè agi debeat, tamen aliquando conveniri dominum in solidum, non ut noxæ dedat, sed ut æstimationem damni solidam præstet: idque propter inficiationem, si in jure interrogatus, an sua sit quadrupes, falso & per mendacium respondeat, suam non esse, *d. l. 1. §. interdum 17. h. tit.* Et hæc jure civili constituta sunt. Ordinatione autem imperii, *cap. 130.* arbitrio judicis pauperies æstimatur. Jure Sax. dominus qui recipit noxiam quadrupedem, indistinctè tenetur: qui non recipit eam postquam nocuit, sed pro derelicto habet, immunis est. *Land. l. 2. art. 40. Fach diff. 68. Reinh. diff. pœnal. 16.* Quod in mansuetis obtinere duntaxat quidam volunt: nam de maleficio ferarum, indistinctè dominum teneri censent *Reinh. diff. pœna 13. per art. 62. Land lib. 2.* Porrò licet jure Sax. etiam includere animal alienum quod damnum dedit, donec satisfiat. *Land. lib. 2. art. 47. & 48. Fach. diff. 69. Reinhar diff. pœn 17.* (quamvis id Jure civili non liceat, *l. quintus 39. §. Pomponius ad l. quamvis 40. inf. t. 1. Bart. in l. hoc amplius. §. de hoc mo. 3. de damn. infect. vide Mynsing observ. 12. Cent. 1.*) pro quo ita incluso quotidiè tres solidi debentur, & à domino præstandi sunt, donec redimatur, *Land. lib. 2. art. 27. ubi gl. latius in f.* Itaque ad sumptus illos quotidianos evitandos, statim pignus ejusmodi captum redimi refuso sumptu solet, præstitâ satisdatione sistendi judicio & de eo judicialiter experiundi. Porrò non tantùm de pauperie, sed de pastu & de damno dato actio est, *l. qui servandarum 14. §. ultim. de præscript. verb.* & de homine perempto extraordinaria. *Paul. lib. 1 tit. 15.*

Pastus propriè nec damnum, nec pauperies est: ideo nominatim de eo cavetur. *Paul. præd. loc. & ibi Cujac.*

OBSER-

OBSERVATA.

Quom. hic ag. de jud. sec quib. realib.

Quom. ea dici pos. fint personalia.

Quid Pauperies.

N. I. *Proxima & planè consimilia*) Nimirum post judicia realia propriè talia, *de quibus in lib. 5. 6. 7. 8.* sequuntur hoc libro *secundum quod talia, seu realibus finitima.* Ea vocat Wesenb. hic *personalia*, quatenus scilicet *ratione originis suæ* sunt *ex delicto vel quasi.* Nam alterum *effectum realium participant, quod dentur contra possessorem, arg. l. 25. de O. & A.* Et ejusmodi sunt actio de pauperie: dejecti & effusi, noxalis. Pauperies autem commodius finitur Læsio ab animali irrationali data.

Quid actio si quadrup. pauper. fec. dic.

Est de animali mansueto.

Directa.

N. III. *Tamen bipes*) Datur Actio hæc quadrupedaria (1) *domino rei*, in qua pauperies facta, vel *cujus interest, l. 2. h. t.* (2) Si *quadrupes mansueta* & *quæ gregatim* pascitur pauperiem fecit, (3) ex lascivia, *sponte & contra naturam sui generis*, (4) *adversus eum qui* tempore motæ actionis *dominus est*; ad id, ut vel quadrupes *noxa* detur, vel *æstimatio damni* præstetur. Directa autem est & utilis. Illa competit nomine *quadrupedis*, & in simplum concepta atque rei persecutoria est. Hæc datur (1) etsi *bipes* animal damnum dederit, aut fera bestia, quando adhuc erat in dominio, vel illud animal quod quadrupedis nomine habetur, *gregatim* tamen *non pascitur, l. pen. h. l. 2. §. eod.* Dissentit Dn. Thomas *de noxiis animal. c. 3. n. 41.* (2) datur quandoque in duplum propter inficiationem, *arg. §. 1. Inst. h. t. qui manifestè de actione quadrupedaria loquitur*) & si reus animal noxæ dare nolit, quod solvitur pœna est; noxæ enim deditione liberari potuisset, *pr. Inst. h. t.* quo respectu pœnalis dicitur, *§. ult. I. eod.* Juxta hæc itaque respondimus in Facult. Juridica, *G. Z. Præfecto Schoningensi, anno 1645. d. 16. Octob. verbis*: Dieweil auß der Zeugen aussage zuvernehmen/ daß Joachim Kulps Sattelpferd vorhin andere herunter geworffen und beschädigt/ auch Heinrich Schapern unlängst auß dem Sattel gesetzet / worüber die Pferde im gelauff den Soldaten Henning Heinen umbgestossen / und er ubergefahren worden: So kan dieses verursachten unfals halber der Knecht Heinrich Schaper nicht: sondern Joachim Kulps als Herr des schüchteren und ungehaltenen Pferdes belanget werden: also daß er solches / jedoch weiter nicht dann mit hergebung gedachten Sattelpferdes oder dessen werth zu büssen schüldig. V. R. W.

Utilis.

Quando cessent.

N. IV. *Nam si genitalis*) Cessant hæ actiones (1) si *culpa* vel nostrâ vel alterius, animal damnum dederit, (2) si non lasciviâ; *sed secundum naturam suam*, (3) si animal moriatur ante litem contestatam, *l. 1. §. 13. h. t.* conf. Coler. 1. *decis. German.* 168. *n.* 8. Primo tamen casu locus est actioni L. Aquiliæ, *l. 1. §. 4. & seqq. h. t. Quomodo ad requisitionem* Hildebrand Freybergs zu Wegeleben *anno 1646. d. 25. Aug. responsum fuit, verbis*: Thut sichs also in der That befinden / daß drey Jungen hinter einem Brüllochsen hergelauffen / ihn mit Steinen geworffen / angeschrien und vergrellet; darauff sich bald begeben / daß er eine alte im wege vorhergehende Fraw niedergestossen / darvon sie den fünfften Tag hernach des Todes worden. So mag dem Herrn des Ochsens dieser wegen keine Schuld zugemessen werden / sondern seind die drey Jungen welche den Ochsen irritiret/ oder an deren stat ihre Eltern/ die begehrte Artz- und begräbnuß Kosten / nach billiger Richterlicher moderation zu entgelten/ und darüber die Jungen/ wenn sie des alters und zimlichen Verstandes/ mit achttägiger Gefängnus zu belegen. V. R. W.

Ubi culpa intercedit agitur ex L. Aqui.

Const. Car. art. 136. non est de hac actione.

N. VI. Notanda hic præcipuè tria sunt I. Constit. Carl. V. *art. 136.* non pertinere ad actionem h. t. (1) *quia iste art. agit de animalibus ferocibus, de quorum ferocia vel constat & est genitalis, vel quæ saltem metuitur, cujusmodi non sunt equi, sues boves &c.* (2) *quia pœna dictatur ei qui tale animal ferox habet, d. art. 136. v.* gestraffet werden. *junct. art. 150. v.* wenn so jemand. *At actione h. t. pauperies saltem rependitur noxa deditione, vel illius æstimata præstatione, quæ revera est damni compensatio, non pœna,* (3) *pœna extraordinaria, quam dictat Carol. V. causa est culpa domini feram non demittentis, vel quod ejus ferocitatem non ignoraverit, dd. art. & similis est lex Mosaica Exod. 21. 29. & seq. Verùm actio h. t. ubi culpa non est.* (4) *Remus in not. ibid. interpretatur dd. text. de fera cujus genitalis sit ferocitas; quamvis sibi parùm constans eò alleget text. l. 1. h. t. Rectius ibid. ait Zoerizius, cum d. art. potius cognationem habere tertium caput adilitis edicti* (*§. f. I. h. l. 40. & seqq. de ædil. ed.*) *quam actionem de pauperie, ceu voluerit Remus.* add. Dn. Mev. *ad jus Lubec. l. 3. t. 11. ad rubr. n. 14.* Arbitror itaque per dd. art. non esse sublatam actionem h. t. & illos de hac conceptos non esse, sed de actione pœnali extraordinaria, propterque feras aut animalia ferocia, quibus alieni nocitum sit. II. quamvis jure Cæsareo non liceat includere animal quod damnum dedit, *text. cit.* adeò ut mandata sine clausula decernantur contra includentes, Gail. 1. *observ.* 8. Tamen non solùm jure Saxon. contrarium constitutum est, sed & antiquis legibus Burgundiorum *t. 49. §. 1. t. 23. §. 13.* Saliorum *t. 10.* Wisigothorum *l. 8. t. 3. l. 14. t. 4. l. 11. & c.* sic obtinuit. Quod itaque ceu moribus antiquis receptum, meritò adhuc valet; *unde ex generali ferè consuetudine Germaniæ, pignorationes pecudis alienæ, donec de damno dato satisfiat, ubique permissas esse, post* Johan. Kœppen *dec. 21. n. 11. & seq. statuit* D. Mevius *d. t. n. 10.* add. D. Thomas *d. tr. c. 29.* III. Meminit hic A. præter actionem de paup. trium adhuc aliarum. Prima est de *pastu* ex L. XII. tabb. *contra eum cujus animal ultrò & sine cujusdam culpa pratum alienum depavit, l. 14. §. f. h. t. nam neque de præscr. verb.* Aliud enim est *damnum*, scil. injuria datum, (quod hominis,) aliud *pauperies*, aliud *pastus*. Secunda *actio* in factum *ex d. l. 14. §. f.* quæ competit *contra me, quando animal meum glandem vicini in meum fundum decidentem depastum est in meo fundo.* Et hæc ferè est utilis actio de pastu. conf. Dn. Thomam *d. tr. c. 16. & 17.* & de pœna pastus *toto c. 30.* Tertia, quæ dicitur extraordinaria, illa est cujus fit mentio *in l. ult. de extraord. crim.* quæ tamen non loquitur de casu, quo homo ab animali peremptus, sed quando ipsi *metus vel damnum illatum* est, v. c. à circumforaneis & circulatoribus, qui hujusmodi animalia secum ducere solent; tunc enim datur actio extra ordinem pro modo admissi. Cæterum ut animal quod pauperiem fecit, perinde ut mancipium quod damnum, noxæ dedatur, *non esse ex jure naturali, quod dominus qui in culpa non est, ad nihil teneatur,* notavit Grotius *de 1. b. & p. l. 2. c. 17. n. 1.* Eademque ratio videtur *actionis de pastu directæ & utilis.* Non enim hic est obligatio ex re accepta. quia supponitur ex damno illato, nihil apud dominum remanere, pro quo debeat restituere. Neque est ex injusta receptione devinctio, cum nulla, ut dictum, præcesserit culpa. Neque ex Conventione, cum nullos præcesserit. Cum tamen pauperies ejusmodi *naturaliter & revera sit damnum, quod aliquor ependi in eo qui id passus est, æquitati conveniens, ideòque parum interesse videatur, an fiat deditione animalis, quod in causa fuit & in commercio existit (adeoque pro pauperie per proportionem aliquam retribui potest) aut compensatione damni, quod pro-*

Includere animal quod nocuit jur. civ. non licet.

Secus jure consuetud.

Actio de pastu directa. Utilis.

Extraordinaria.

Investigatur ratio h. t.

An ex jure nat.

An saltem aliquo modo &

tur

tio æstimabile, certè actiones istæ ratione non destituuntur. Etsi quoque nec jure naturæ, néc ex lege humana, sed tantùm propter sententiam latam obligari dominum animalis concludat latè disputando Molina *de I. & I. tom. 3. disp.* 212. quod novissimè defendit & confirmat de Lugo *de I. & I. disp. 8. sect.* 3. dici tamen rectè potest à jure naturæ hoc non abhorrere. Nam *ipsum animal*, licet ratione careat, atque injuriam fecisse dici nequeat, *ex ipsa re f. damno dato & ex facto q. obligatur, afficitur & fit obnoxium.* Ultima namque & unica damni causa est compensatio facienda illius ipsiusmet (animalis, quod causa delicti fuit) deditione, quia dominus si isto carere nolit, luere æstimatione damni tenetur: quò ut domini est *utilitas & fructus*, ita ejus sit & *damnum*. Quamvis itaque non putem ejusmodi obligationem ante omnem legem humanam extitisse de jure naturæ, & in foro conscientiæ esse validam, quamvis ita sentiant Gabr. Vasquez *opusc. moral. de restit. c.* 2. §. 2. *dub.* 1. & Turrianus *disp.* 11. *dub.* 1. *n.* 3. Censuerim tamen fundamentū supra allatum fecisse, ut lege humanâ inducta fuerit ejusmodi obligatio, etiam pro conscientiæ foro, nec solùm post sententiam vel condemnationem. Leges enim hic non sunt pœnales, cum nullam supponant culpam in domino, adeoque non obligant solùm post sententiam, ut voluere Molina & de Lugo *dd. loc.* Martin. Bonacina *Theol. & I. V. D. de mor. Theol. tom. 3. tr. de restitut. d. 1. q. 3. punct. 8. n. 2. & 3.* Joh. del Castillo *de I. & I. l. 2. tr. 2. d. 3. dub.* 1. potuit quoque Majestas propter bonum publicum, dictam obligationem inducere, in foro conscientiæ, de qua potestate nec potuit dubitari, ut domini eò magis vigilarent in regendis suis servis ac domesticis, belluisque custodiendis. Quomodò & inhabitator tenetur de dejectis & effusis, extrinsecâ licet ratione: *vid. not. n.* 4. 1. *de his qui dejec.* Atque hæc media est sententia, quam refert de Lugo *d. sect. n.* 40. Hincque dictæ actiones quadrupedariæ & noxales non modò gentibus frequentes fuere, sed & ortum à divino Numine habent, legibus de hoc Ebræis primitus constitutis, *Exod.* 21. 28. quæ equidem merè positivæ non facilè fuerint dicendæ. Ab his Solon accepit, de quo Plutarchus *in ejus vita*: *scripsit, ait, & de pauperie à quadrupedibus data, ubi canem qui aliquem momorderit, dedi jubet cubitorum quatuor vinculo alligatum.* Ex Solone sumpsit Plato 11. *de leg. ut si animal domesticum quadruper-pauperiem fecisset, eodem modo damnum resarciretur, ac si servus dedisset.* Et gemina his cernere licet in legibus Wisigothor. *l.* 8. *t.* 5. *l.* 5. *t.* 3. *l.* 11. 12. 25. Longobard. *l.* 1. *t.* 91. *l.* 22. 23. 24. *t.* 20. *l.* 45. Burgundion. *t.* 18. §. 1. Saxon. *t.* 13. Bajoorior. *l.* 13. *c.* 1. Adde Grot. *in flor. sp. h.* & Constant. I. Empereur, qui totum h. t. longè reddit illustriorem eleganti interpretatione suâ ad Baba Kamma, *& sing. libr. de ll. Ebræorum forensibus*: ac more Talmudistarum damna revocans ad quatuor fontes, *bovem, puteum, depascentem, & incendium*, *c.* 1. §. 1. damna animalium latissimè exponit. §. 4. *c.* 2. 3. 4. *&* 5. *usque ad* §. 5. Conf. & Joh. Henr. Hottinger. *in jure Hebræor. l.* 48. *p.* 61 Quæ omnia non modò originem hujus juris indicant, sed & aliquam obligationem ad damni restitutionem supponere videntur. Quin bruta quæ hominem necârunt, morte sublata fuisse, in terrorem & exemplum, constat ex Exod. 21. 28. *& seqq.* Cæterùm per actionem nostram, & ipsi qui pauperiem passus est, quoquo quidem modo satisfit, dum quæ nocuit quadrupes ipsi offertur, ultrà quam dominum invitum teneri æquum non videtur; ne factum animalis amplius quàm valet, ei sit damnosum: & tamen domino res sua, si volet, conservatur, si fortè veram æstimationem solvere, quàm quadrupede carere malit; Verùm res ista omnis ab extraordinariis principiis profecta est, ad mediam aliquam viam ineundam tendentibus, *arg.* §. *ult. qui & ex quib. caus.* Præter hæc vero de animalis nocentis supplicio, qui volet, multa perquam utilia videre poterit, apud laudatum Dn. Thomam *d. tr. n.* 27.

Ea videtur — Vel ob utilitatis & fructuum perceptionem. — Qui putent hoc esse oblig. ex jur. nat. — Media sentent. — Exempla aliarum gentium.

TITULUS II. C. 3. 35.

Ad Legem Aquiliam.

1. Continuatio tituli, & auctor L. Aquiliæ.

PORrò quando non quadrupes, sed homo damnum injuria dedit, ad id petendum consequendumque lex Aquilia, quæ omnibus superioribus legibus de damno injuria dato loquentibus derogavit, actionem præbet. *l.* 1. *hoc t. t. de cujus materia vide etiam legem Mosaicam, Exod.* 21. *&* 22. *Levit.* 24. Eam legem Tribunus plebis Aquilius a plebe rogavit, ut lex Aquilia plebiscitum sit: *d. l.* 1 *hoc tit.* quod tamen perinde ac jussum populi, vel S. C. omnes Quirites obligat, ut diximus *ad l.* 2. § *deinde cum esset. de orig. jur.* §. *plebiscitum, Instit. de jur. nat. gent. & civil. & Instit. ad l. Aquil.*

2. Tria capita legis.

Legis Aquiliæ tria sunt capita, quorum primo de occiso alieno homine quadrupedeve, tertio de vulnerato cavetur. Secundum hujus legis etiam antiquis in usu non fuit. *l. si servus servum.* 27. § *hujus* 4. *hoc tit.* §. *illud in fin. Instit. eod.*

3. Primum caput, & ad quas res pertineat.

Ac primo quidem capite ita cautum est: QUI SERVUM SERVAMVE, ALIENUM ALIENAMVE, QUADRUPEDEM VEL PECUDEM INJURIA OCCIDERIT, QUANTI ID IN EO ANNO PLURIMI FUIT, TANTUM ÆS DARE DOMINO DAMNAS ESTO, ADVERSUS INFICIANTEM IN DUPLUM ACTIO EST. *l.* 2. *in princ. h. t.* Ut igitur appareret, servis exæquat quadrupedes, quæ scilicet pecudum numero sunt, & gregatim habentur veluti oves, boves, equi &c. Nam canis inter pecudes non est, quamvis domesticum sit animal, & multo minus feræ bestiæ, *d. l.* 2. *in fin.* quia hæc animantia per greges non habentur, neque pascuntur, *l.* 3. *hoc t.*

4. Quid in eo significet injuria.

Merito autem adjicitur, INJURIA: non enim sufficit occisum esse, sed oportet injuria id esse factum, injuriam autem hic accipe, non quemadmodum circa injuriarum actionem contumeliam quandam, sed generaliter quod non jure factum est, *l.* 1. *de injur.* hoc est, si contra jus & per culpam quis occiderit. Igitur injuriam hic accipiemus, damnum culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit. *l.* 5. § *injuriam* 1. *hoc tit.* ut si quis canem aut adversarium saxo petens, alium prætereuntem læserit, *l. scientiam.* 45. §. *hoc t.* cum imperitiâ medicus, aut obstetrix, vel ignorantia quis hominem interficit, *l.* 8 *l.* 9. *l. si putator.* 31. *h. t.* § *præterea. Instit. eod.* Nam si dolo malo occidat, non modo civiliter lege Aquilia, sed etiam criminali legis Corneliæ de sicariis judicio tenetur. *l. inde Neratius.* 23 § *si dolo* 7. *h. t.* §. *liberum. Instit. eod.* Quare ubi injuria deest, Aquiliæ locus non erit: ut si quis provocantem ad sui defensionem, vel rerum suarum tutelam, læserit, *l.* 3. 4. 5. *l. scientiam* 45. §. 4. *h. t.* neque tamen sufficit, alterum causam rixæ dedisse, nam quomodocunque defensionis modus excedatur, semper injuria damnum fit, *l. scientiam* 45. §. 1. *l. si ex plagis* 52 § *tabernarius h. t.* & proinde civili huic actioni locus est: etiamsi in criminalibus provocato, & modum excedenti parci, pœnaque mitigari soleat. *vide Iaso in l.* 1. *ff de leg. & quæ dixi infr. ad l. Corn. de sicar.* Quare magistratus qui non ex lege, neque jure, aliquem damno afficiunt, hac lege tenentur, *l. quemadmodum.* 29. §. *penult. h. t.* & universitates, *vide Bartol. in l. aut facta.* §. *nonnunquam de pæn.* & qui horum illicitis jussis parentes, damnum injuria inferunt, *vide Bald. in d. l. quemadmodum* §. *penult. Dyn. in cap. quod quis* 34 *in fin. de reg. jur. Dec. in l. non videntur.* 167. § *qui jussu. de reg. jur.* Occisum autem accipere debemus, sive gladio, sive fuste, vel alio telo, vel manibus vel qualiter. *l. qua actione.* 7. §. 1.

5. Quid veniat in hanc actionem, & an in ea rodus transeat.

Ait lex: QUANTI IN EO ANNO PLURIMI FUIT.) quæ clausula æstimationem habet damni, quod datum est: *l. ait lex.* 21. *h. t.* nec solum veri damni dati, sed etiam aliquando longe majoris. Ut si quis hominem, qui hodie mancus, aut claudus, debilitatusve sit, occiderit, qui in eo anno integer aut preciosus fuerat, non tanti tenetur, quanti in eo anno plurimi fuerit. Item si precioso pictori aut scribæ pollica fuerit præcisus, & intra annum quo præciderertur, fuerit

occisum, in actione Aquiliæ eo precio æstimabitur, quanti fuit priusquam artem cum pollice amisisset, *d. l. 23. Inde Neratius § idem Julianus 3.* Qua ratione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem: quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dedit, sed aliquando longe pluris. *§ hi: autem Inst. eod.*

6. *Pœnalem esse actionem, & an in hæredes transeat.*

Ideoque constat, quamvis hæredi cæterisque successoribus hæc actio detur, quia ex parte agentis est rei persecutoria, & damnum resarciri postulat: tamen in hæredem non transire, nisi forte ex damno locupletior sit factus: quæ proculdubio transitura fuisset, si ultra damnum lis nunquam æstimaretur. *d. l. Inde Neratius. § actionem 6. d. §. his autem verbis. Instit. eod.* Annus autem retrorsum computatur, ex quo quis occisus est. A quo autem terminatur æstimatio pluris: nam actio ipsa damni, velut rei persecutoria perpetuo durat, ut Cod. eo. tit. diximus, licet damnum quod petit, ad æstimationem anni temporisque, quo factum illud est redigatur. Quod si mortifere fuerit vulneratus, & postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus, secundum Julianum, ex quo vulneratus est: licet Celsus contra scribat, *d. l. ait lex.* Sed utrum corpus ejus solum æstimamus quanti fuerit, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum: Et quamvis verba legis de æstimatione corporis occisi tantum loquantur, tamen ea interpretatione placuit, eoque jure utimur, ut quicquid præterea perempto corpore damni illatum fuerit, resarciatur: puta si servus hæres ab aliquo institutus, antequam adire jussus sit, occidatur, non solum occisi fiet æstimatio, sed etiam hæreditatis. Item si ex pari mulatum una, aut ex quadrigis equorum unus interficiatur, supra precium interfecti corporis, id quoque computabitur, quanti depreciati hi qui supersunt. In summa, omne quod ullo modo interest, æstimatur. *d. l. ait lex cum duab. ll. sequent. § illud Instit. eod.* Quo verbo non modo comprehenditur damnum datum, sed & quod consequi potuimus, aut erogare cogimur *l. si servum. 33. d. l. inde Neratius. §. in summa.* quod ex communi æstimatione, non pro singulorum affectione taxatur, *l. si servum. 33. h. tit. l. precia 63. ubi Bart. ad l. Falcid.*

7. *Cui detur ex hoc capite actio, adversus quos.*

Dat autem lex hanc actionem domino, *l. item Mela. 11. §. legis. 6. hoc tit.* qui solus ex verbis legis directam habet: utilem vero ex interpretatione alius quoque præstari, cœptum est. Quoties enim deficit actio ex verbis legis directa, toties ex benigna interpretatione utilis a prætore datur, *l. quoties. 11 de præscr. verbis.* Exempli gratia: Liber homo dominus membrorum suorum non videtur: si igitur illi sit nocitum, directam actionem non habet, quia non est dominus rei læsæ: sed tantum ex sententia legis utilem, *l. liber homo. 13. h. tit.* Quamobrem si occidatur, hæredes ejus aut legatarii agere utiliter poterunt, *l. sed si ipse c4. hoc tit.* cædis nomine, perinde atque defunctus ob vulnus agere potuisset. Quam in actionem impendia in medicos facta, & quicquid lucri interversum, aut damnum per vulnus ac cædem datum est, venit, *l. 1. §. hac autem. l. fin. inf. tit. 1.* Ipsius autem corporis liberi hominis aut membrorum æstimatio non item, *d. l. fin. gl. in l. qua actione. 7. § fi. in verb. gloria. h. t.* quia hæc æstimationem non recipiunt. In Aquiliam autem actionem, quæ damnum æstimat, ac resarciri petit, nihil deducitur nisi interesse, quod æstimari potest. *l. arbitrio. 18. § fin. de dol. mal.* Quare aliæ actiones hoc nomine intentandæ sunt: videlicet quibus non æstimatio aut id quod interest, sed pœna vel criminalis vel civilis, ob interfectum liberum corpus exigitur *l. 1. §. 1 inf. 1. vide infr. ad l. Corn. de sicar.* Fructuario quoque vel usuario corporis perempti utile judicium datur, *d. l. item Mela.* Datur autem adversus omnes, qui suo corpore damnum dederunt. Nam si alio modo necaverint, ut servum inclusum vel pecus fame, aut nimia actione, aut alio modo, Utilis sive in Factum actio ex interpretatione legis competit, *§. fin. Instit. eod. l. item si obstetrix, 9. §. si quis hominem, hoc tit.* Eadem ratione nec adversus mandantem datur: quia corpore suo damnum non dedit, nisi jus imperandi habuerit. *l. liber. 37. hoc tit. l. is damnum. 169. de reg. juris.* Porro adversus confitentem dirigitur in Simplum: contra negantem, ad vindictam mendacii, in Duplum *d. l. inde Neratius. 23. §. 1. l. contra negantem. 4. C. eod. tit.* Et hæc quidem de primo hujus legis capite in quo de corpore occiso agitur, ita exceptur.

8. *De secundo & tertio capite.*

Secundum nusquam extat, neque extare opus est, cum in desuetudinem sua jam ætate abiisse J. C fateantur, *d. l. si servum 27. § hujus legis 4 hoc tit.* Tertio porro capite eadem lex Aquilia ait: CÆTERARUM RERUM PRÆTER HOMINEM ET PECUDEM OCCISOS, SI QUIS ALTERI DAMNUM FAXIT, QUIDVE USSERIT, FREGERIT, RUPERIT INJURIA, QUANTI EA RES FUIT IN DIEBUS TRIGINTA PROXIMIS, TANTUM ÆS DOMINO DARE DAMNAS ESTO. *d. § hujus legis 4.*

9. *De quibus rebus, cui, adversus quem, ad quid detur ex hoc capite actio.*

Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit, Fregerit, Ruperit, id est, quoquo modo deteriorem fecerit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit, *d. l. si servus servum §. si quis et.* tenetur que vulneris seu læsionis nomine qui damnum intulit, sive unus, sive plures, *gloss in l si in rixa. 17. ver. unusquisque ad l Corn de sicar l. Item Mela §. 11 sed si plures hoc tit.* Quod si vero plures vulneraverint, nec ictus discerni potest, omnes tenebuntur, etiam tota quandoque universitas. *vide Bart. late d. fingentem in l aut facta. §. nonnunquam num. 3. 4. 1. de pœnis.* nisi ipsi inter se certò designare eum, qui fecit, possint, *gloss d. l. si in rixa. 17. de sicar.* Tenentur autem plures ad damni quidem æstimationem pro virili, quia bona fides non patitur idem pecuniarium debitum in solidum a pluribus exigi: sed ad pœnam statuariam, & mulctam quæ (verbi gratia) Jure Sax. pro vulneribus judici, item parti læsæ, absque respectu ejus quod interest debetur, omnes velut ex delicto obligati sunt in solidum: ita tamen, ut in pluribus vulneribus unius membri majus vulnus trahat ad se minus, sic ut non singula separatim puniantur, sed pro omnibus præstetur mulcta maximi vulneris, scilicet dimidium Wergeldium, *vide l. ita vulneratus. 51. l. illud. 52 § 1. hoc tit. Bart in l prætor § si mihi de injur. in leg nunquam plura de privat. delic & lib Saxo. 2 art. 16. vide etiam inf. de pœn. Salic. in l. adulter. 5. C. de adult.* In quo tamen & illud notandum est, cum plures in rixa se mutuo vulnerant, nec constat uter provocaverit, delicta solere mutua compensatione tolli, *l. sententiam. § cum stramenta ad l. Aquiliam glo in l. 1. § cum arietes si quadrup paup. fecis. dica ubi Bar. & Dd. late Tiraq. in tractat. de pœn. caus. 63.* idem juris in omnibus animalibus quæ pecudes non sunt, aut læsis, aut occisis, de quibus primo capite nihil caveri supra diximus, ex hoc capite actio erit: ut de cane, cæterisque feris & avibus *l. quemadmodum 29. § hac actione. 3.* Sed et si rebus inanimis quid damni inferatur, ut si tectum meum exuras, vinum vitiæ, vestimenta scindas vel inquines, vineta, segetem, &c. corrumpas, si tabulas, chirographum, aut alicujus rei instrumentum deleas, hac actione mihi teneris, *d. l si servus servum. 27. § si quis 12. cum seq. l. in leg. 40 cum ll. seqq. hoc tit. § 1. cap. 3. Inst eodem.* in quanti vero non quanti plurimi intra retrorsum annum, sed quanti in triginta diebus proximis res plurimi fuit, *d. l quemadmodum §. fin.* Non enim tam graviter puniendus est qui læsit, quam qui occidit: neque tanti cædes æstimanda est ferarum quadrupedum, quanti hominum vel pecudum, quarum usus & commoditas major existit. Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo vel quadrupes occisus occisave fuerit: ita in hoc de dolo tantum aut culpa quæri, *l. qui occidit. 30. § fin. h. t.* Culpa autem est, cum quod diligenter provideri poterat, non est provisum, *l si putator 31.* Nam in lege Aquilia etiam levissima culpa venit, Ut autem ex primo, ita etiam ex isto capite utiles actiones de sententia legis dantur, ut libero homini suo nomine, *d. l. liber. 37 hoc tit.* ut cum res non corrupta, sed consumpta plane est, *leg. qui occidit 30. § 1.* cum quis non suo corpore damnum dedit, sed occasionem damni præstitit: quæ quidem actio utilis in factum aliquando nominatur, *l. qui servandarum 14. de præscrip. verb. l. item si obstetrix. 9. §. 1. l. qua act. 7. princ. 3. l. item Mela. 11. §. si alius. l. serv. 27. §. si quis de manu 13. l. quemadmod. 29. §. pen. cum simul h. t.*

10. *Actio in factum subsidiaria*

Quamquam proprie illa dicitur in factum actio subsidiaria, quæ datur propter damna lege Aquilia non comprehensa: *l. si servum 33. in fin h. t.* ut cum neque corpore damnum datum est, neque corpus læsum: quemadmodum si servum meum aut animal compeditum solveris, ut fugeret. *§ fin Inst. eod.* Hic enim cum deficiant & verba & mens legis Aquiliæ, supplet Prætor quod legi deest, redditq; actionem in ipsum damni dati Factum legi Aquiliæ accommodatam, *l. quia actionum. 11 de præsc. verbis.* Sed & injuriarum dicam cum Aquilia cumulari posse receptum est, *Mynsing. obs. 23. cent. 1. Spec. de injur § 1. numer. 18 per l. item. apud. §. si quis. § servo 35 de injuriis.*

O B S E R V A T A.

Quomodo hic agatur de hac actione.

N. I. *Porrò* Non alia ratione hic agitur de actione L. Aquiliæ, quam *propter affinitatem* cum pauperie & noxa quæ *in genere etiam damna* dicuntur. Neque hæc ut præcedens & sequentes actiones, adversus possessorem datur, sed adversus delinquentem, adeoque purè est personalis.

Causa hujus act. damnū injur. datum. Quæ damna sine inj.

N. IV. *Igitur injuriam*) Quia proxima Causa hujus actionis est damnum *injuria datum*; hinc damna quæ injuria facta non sunt, ad hanc actionem quoque non pertinent, cujusmodi duplicia, (1) damna quæ ex proposito, sed jure fiunt, *§. 2. h. t. l. 3. 4. 5. & 45. §. 1. h. t. l. 29. §. 2.*

29. §. 2. *eod. junct. l. 4. de inst. & jur.* (2) damna sine culpa facta, casu fortuito, §. 3.4.5.6.7.8. *Inst. d. t. l.* 49. §. 1. l. 39. §. *pen. eod. t.*

Invasus interius ponitur.

Ut si quis provocantem) Hoc est aggredientem, sive invadentem, ut rectè adnotat Bachov. Loquitur enim Wesenb. de defensione legitima seu moderamine inculpatæ tutelæ, cujus sedes est in *d. l. 4. de l. & l. l. 4. l.* 45. §. 1. *h. t. l.* 12. §. 1. *Quod met. caus.* ℣. ℌ. ℭ. *Carol. V. art.* 140. & explicavit hanc materiam latè Obtecht, *tr. de necess. defens.* Georg. Schultz *in synops. Inst. h. t.* Ideoque quod subjicit Noster, *parci provocato & modum excedente*, referendum est non nisi ad excessum legitimæ defensionis scil. moderaminis inculpatæ tutelæ. Nam ubi ad duellum provocatus occidit provocantem, pœnæ quoque L. Corneliæ locum esse rectior sententia est; *quod & illi à duellis sit abstinendum, qui nec minus quàm hoc lege naturali, divinâ & civili obligetur jure & legibus experiri, & vindicare injuriam sibi fortè illatam: ad quod & milites ipsi adstricti sunt.* Käyf. Maxim. II. Articulsbrieff *art.* 29. & 31. Videtis D. Frantzk. 1. *resol.* 23. *n.* 53. *n.* 52. & Serenissi. & Celsiss. Principis Augusti Br. & Lunæb. Ducis Edictum wegen des außfoderens/ Rauffens/ Balgens/ und Kugelenwechsels/ publicatum d. 29. Dec. anno 1646

Provocatur ad duellum non item.

Actio L. Aquiliæ duodia.

N. VII. *Directam habet*) Rectius dicitur quod triplex actio hic notanda sit, (1) *ex L. Aquilia directa*, (2) ex L. Aquil. *utilis*, (3) actio *accommodata L. Aquiliæ* l. in factum subsidiaria *l.* 11. *de praesc. verb.* §. *fin. h. t.* Directa ex princip. ordinarius & secundum rectam justitiam, domino competit ob damnum datum Corpore in Corpus, juxta scriptum (verba) & voluntatem Legislatoris, *d.* §. *fin.* Utilis datur ex æquitate, juxta Legislatoris voluntatem. Idque vel *ob qualitatem personæ* simile jus habentis, ut usufructuario vel usuario, bonæ fid. possessori. *d. l.* 11. §. 8.9. & 10. *h. t. l.* 17. *eod.* vel *rationo objecti*, ut si damnum quidem datum in corpus; sed non Corpore, *d.* §. *fin. l.* 9. *l.* 11. §. 5. *l.* 13. *l.* 29. §. *pen. h. t.* Subsidiaria ex singulari ratione & mera æquitate, descendit, cum beneficio syllogismi colligimus à scripto & voluntate ad alia; ut quando damnum quidem datum, sed non Corpore, neque in Corpus, *Sæpè d.* §. *fin. inst. h. t. l.* 14. §. *fin. de praescr. verb. l.* 30. §. 1. *h.* Et verò fluunt hæc ex limpidissimo fonte Status illius Legales quem Rhetores *Ratiocinationem* seu syllogismum vocant; & altero qui dicitur *Scripti & Voluntatis.* Juxta hunc ex Scripto & voluntate Nomothetæ controversia finitur; Juxta illam argumenta & rationes ex scripta lege assumuntur, atque sic per Ratiocinationem seu syllogismum ex eo *quod usquam est* (scriptum scil.) ad id quod *nusquam* scriptum pervenitur. Unde Curius Fortinianus antiquissimus & Rhetor & J. C. Ratiocinationem hanc appellat *Collectionem*, quia ex *certo* colligitur *incertum*, & Hugo Grotius *de t. l. p. l.* 2. c. 16. *n.* 20. *in med.* explicat ubi ex scripto ducimus quod scriptum non est. Pluribus autem hotum in Legibus egregiam utilitatem exponit Udalr. Zaf. *in Rhet. ad Herenn.* 1. *Status rationis.* Certè ego isthæc non dubito appellitare limpidissimos fontes cujuscunque pragmaticæ legum interpretationis nullo tempore non adeundos. Cæterùm non dicitur *in l.* 14. *h.* ut contendit A. quod occiso testatore possit etiam legatarius agere: sed *sermo est* ibi de servo legato occiso, ut & rectè notat & latiùs exponit Bacchov. *hic.* Videri ad leges hujus tituli novissimè potest Suarezius. Si quis autem quærat, cur juxta caput primum L. Aquiliæ, is qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuriâ occiderit, pendere debeat quanti in eo anno res plurimi fuit; ut secundum caput tertium, qui aliarum rerum damnum fecit, quanti ea res fuit in 30. diebus proximis, illi respondendū erit, quod juxta rectam justitiam, eadem minorum quæ majorum rerum sit ratio; attamen secundùm temperatam justitiam pœnæ, quæ odiosæ sunt, juxtà proportionem & ampliùs decrescere debent. Inde etiam fit, ut cum apud Mosen bovis furtum quadruplo puniatur, ovis tantùm sit dupli.

Horum fontes ex Rhetoricis.

Summa utilitas.

Ratio L. Aquiliæ quoad diversitatē pœnarum

In factum subsid. ex mera æq.

TITULUS III.

De his qui dejecerint, vel effuderint.

1. *Ratio edicti.*

Cùm damna sæpè dejectione vel effusione prætergredientibus inferantur, meritò Prætor id operam dans, ut per vias & itinera publica tuto & sine metu periculoque commeare liceat, de his qui dejecerunt vel effuderunt, hoc Edictum proposuit:

2. *Edicti caput primum.*

UNDE IN EUM LOCUM, QUO VULGO ITER FIET, VEL IN QUO CONSISTETUR, DEJECTUM VEL EFFUSUM QUID ERIT, QUANTUM EX EA RE DAMNUM DATUM FACTUMVE ERIT, IN EUM QUI IBI HABITAVERIT, IN DUPLUM JUDICIUM DABO, SI EO ICTU HOMO LIBER PERISSE DICETUR, L. AUREORUM JUDICIUM DABO, SI VIVET, NOCITUMQUE EI ESSE DICETUR, QUANTUM OB EAM REM ÆQUUM JUDICI VIDEBITUR, EUM CUM QUO AGITUR CONDEMNARI, TANTI JUDICIUM DABO, SI SERVUS INSCIENTE DOMINO FECISSE DICETUR, IN JUDICIO ADJICIAM, AUT NOXAM DEDERE: *L.* 1. *in prin. h. t.*

3. *De quo loco, quando dejectiones loquatur prætor.*

UNDE IN EUM LOCUM, inquit prætor, QUO VULGO ITER FIET, &c) sive is locus publicus sit, sive privatus, dummodò per eum vulgò iter fiat: quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur. Semper enim ea loca, per quæ vulgò iter fieri solet, eandem securitatem habere debent. Cæterum si quis in secretum & infrequentem locum dejecerit, non debet hoc Edicto teneri: *d. l.* 1 *in prin.* ut ne tum quidem, cum noctu dejicit Unde referente Gellio lib. 4. cap. 14. Mancinus ædilis Curulis, cum ad populum diem dixisset Manuliæ, quod noctu ab ingressu ædium prohibitus, & lapide de ejus ambulacro ictus esset, vulnusque ostentaret; decreverunt Tribuni, jure ex eo loco Ædilem dejectum percussumque videri. Quod tamen intelligendum de iis locis non est, ubi iter noctu fieri consuevit. *l. pen. h. t.* DEJECTUM puta corpus solidum: ut lapis, tegula, &c. EFFUSUM de liquore accipe. Quod si quid, cum suspensum esset, decidit vel effusum est, perinde Edicto locus erit *d. l.* 1. *quod cum suspenderetur. l.* 2. *h. t.* IN EUM QUI HABITAVIT.)

Hæc igitur in Factū actio datur in eum, qui inhabitavit eum quid dejiceretur, sive patrem, sive filium familias: *d. l.* 1. §. *si filiusfamil* 5. non verò in dominum ædium. Culpa enim penes habitatorem est: *d. l.* 1. § *hæc in factum.* vel quia dejecit, vel quia ne sui dejicerent, curæ non habuit. Suorum enim unusquisque culpam præstat, *leg. si vero.* 5. *l. penult. in fin. h. t.* Unde non tantum hic ex vero maleficio vel culpa, ut in l. Aquilia, sed etiam ex Quasi maleficio agitur § 1. *Inst. de oblig. quæ ex quasi delict.* Perinde autem est quo modo, quove jure habitetur, sive in suo, sive in conducto, sive ingratuito: dummodo animo commorandi. Nam hospes qui paulisper alicubi hospitatur, non tenetur, sed is qui hospitium dedit, *d. l.* 1. §. *hospes* 7. Huic tamen ex æquitate in verum dejectorem actio dabitur, si ob id quod dejectū dicitur, damnatus est *d. l.* 5. §. *cum autem* 6. *h. t.* Si plures in eodē cœnaculo habitent, unde quid dejectum est, ita ut difficulter sciri possit quisnā effuderit, in quemvis dirigi poterit actio & quidem in solidum *d. l.* 1. §. *fin. cum duab. ll. seqq.* Quod si cum uno fuerit actū, cæteri non quidem litis contestatione, sed perceptione, id est, solutione ipsius damni liberabuntur: præstaturi partem detrimenti Societatis judicio, vel Utili in factum actione, ei qui solvit, *d. l.* 3 & 4. Ex quasi enim maleficio eum teneantur, non in solidū, sed pro parte tantum debent exigi, & unius solutione omnes liberantur, *l.* 1. *C. de condict. fur. l. fin.* §. *si plures sup. nauta, caupon. stabul.* Si verò plures diviso inter se cœnaculo habitent, oportebit Prætorem æquitate motum in eum potius dare actionem, ex

cujus vel cubiculo ejectum est, *d. l. 5. in princ. & §. inter num. 2.*

5. *Cui. adversus quos datur hæc actio & num. 6.*

Hæc autem actio ad exemplum legis Aquiliæ introducta est, *d. l. §. cum autem 4.* ut enim ibi, ita & hic culpa punitur. Hoc solum differunt, quod hæc sine adjectione ulla, id est, semper, in Duplum damni illata datur: illa Simplex, est, nisi inficiatione crescat, *d. l. 1. §. hac in factum. 2.* Unde apparet in hac pœnam esse graviorem, ut ejus metu itinera publica reddantur tutiora: quod ut fiat, communis salutis & Reipubl. maximè interest *d. l. 1. in prin.* Atque illud quidem obtinet, ubi res vel corpus læsum est quod æstimari potest. Nam si liber homo dejectione periit, damni æstimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *l. 1. sup. si quadrupes paup. fecis. dicat.* Quod autem æstimationem non recipit, & in quo simplum constitui nequit, id multò minus duplicari potest. Itaque hoc casu 50. aureorum judicium dabitur, *d. l. vers. sed cum lib. homo.* Quod si vivet, nocitumque ei, id est, ejus corpori (nam si vestimenta aut quid aliud ruptum corruptumve fuerit, in duplum, ut diximus, fit æstimatio, *d. l. 1. §. hac autem verb. 4.*) esse dicetur: non quidem in duplum actio erit, ut enim totum corpus, ita partes quoque ejus & membra, &c. æstimationem non recipiunt) sed quanti judici æquum esse videbitur, tanti judicium erit *d. l. 1. § hac autem in fi.* quo quidem in judicio computabuntur mercedes medicis præstitæ, cæteraq; impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operæ quibus caruit & cariturus est, ob id quod inutilis factus sit: cicatricum autem & deformitatis nulla fit æstimatio, quæ in libero corpore nequaquam fieri potest. *l. fin. h. t.* Quod fortè sic intelligendum est, ut nulla certa communiter iniri possit aut debeat hujus rei pensitatio. Quia tamen ex bono & æquo hæc actio datur, sanè non iniquum erit, rationem quoque deformationis, quam homini ingenuo multis impendiis longè graviorem tristioremque esse posse certum est, pro modo circumstantiarum interdum haberi; maximè si culpâ & injuriâ damnum datum sit.

6. *An in hæredes transeat. & quando sit popularis.*

Hæc autem actio quæ competit de Effusis & Dejectis, perpetua est, & hæredi competit, quia rem quæ duplo inest, persequitur: in hæredem verò non datur, cum respectu ejus sit pœnalis. Quæ autem de eo competit, quod liber homo periisse dicitur, anno duntaxat durat: quia non modò pœnalis & Prætoria, sed etiam Popularis actio est: eoque & pœnam inter fiscum & actorem dividi oportet, *lege 15. §. ult. de S.C. Syllan.* Popularia enim esse debent, quæ ad communem civium salutem, vindicandaque ea quæ ei nocere videntur pertinent. Omnes autem populares actiones supra annum non extenduntur *l. si inf. de popul. actio.* Neque in hæredem, quia pœnalis: imò nec hæredi datur, tanquam hæredi. Nam sanè absurdum accideret, ut hæres pretium quasi occisi consequeretur ejus, cui hæres extitit. *l. nam sicut 16. sup. tit. 1.* sed ut uni ex populo. Quod si liber homo non interfectus, sed ictus mutilatusve sit, ipsi quidem perpetua erit actio, quia rem & damnum persequitur: si verò alius velit experiri, Annua erit, quia popularis: nec enim hæredibus jure hæreditario competit. Quippe quod in corpore libero damni datur, jure hæreditario transire ad successores non debet, quasi sit damnum pecuniarium, cum pecunia æstimari liberi hominis membra nequeant, sed ex bono & æquo hæc actio oritur: hoc est, non datur ad damnum aut æstimationem hoc casu ista actio, nam liberum corpus æstimationem non recipit. Sed quia iniquum fuerit impunè liberum hominem dejectione interfici: cum nec Criminalis actio locum habeat, quia dolus abest: *l. in lege 7. de sicar.* nec Civilis, Aquiliæ. aut similis ad æstimationem damni, cum vita sit inæstimabilis, ideo hæc actio civilis non in damnum, sed ad Pœnam introducta est *l. 1. § 1. & 2. hoc tit.* Quæ autem ad pœnam & vindictam competunt actiones, non sunt in bonis, eoque nec jure hæreditario transeunt in hæredem: *l. 2. §. emancipatus de collat. bon.* sed ex æquitate dantur hoc casu hæredi, quia non transeunt quam incipiunt in persona hæredis, utpote quæ demũ ex cæde testatoris nascuntur. Poterit igitur tanquam unus ex populo hæres intra annum agere, ad quem hujus culpæ tam damnosæ persecutio & vindicta, meritò præ reliquis defertur.

7. *Clausula de noxa adjecta.*

Postremò ait Prætor: SI SERVUS NESCIENTE DOMINO FECISSE DICETUR, EI JUDICIO ADJICIAM, AUT NOXAM DEDERE. Ex quo satis apparet, solere prætorem formulas judiciorum concipere usque addere clausulas negotii circumstantiis congruentes, quas judex in definienda causa sequeretur: sicuti hic, quando ex servi facto dominus convenitur, non simplex judicium, sed additâ clausulâ. Ut noxæ dedere liceat, se daturum pollicetur: iniquum enim esset, servi factum ultra ipsius corpus domino damnosum esse. Et hæc quidem ad primam hujus edicti partem dicta sufficiant, in qua de damno dejectione dato agitur. Sed quia expedit periculosos casus prævertere, nec exspectare donec noceant, melius quæ est occurrere in tempore imminentibus periculis, quam post exitum & vulnus acceptum medicinam quærere: *l. 1. C. quando liceat unicuique* consequens etiam fuit, Prætorem in hunc casum prospicere. Ut si quid in partibus ædium eminentibus periculosè positum esset, nec noceret.

8. *Alterum capus edicti.*

Itaque in secundo capite, De eo quod positum est, ita Prætor ait: NE QUIS IN SUGGERUNDA PROTECTO VE, SUPRA EUM LOCUM QUA VULGO ITER FIET, INVE QUO CONSISTETUR ID POSITUM HABEAT, CUJUS CASUS NOCERE CUI POSSIT. QUI ADVERSUS EA FECERIT IN EUM SOLIDORUM DECEM IN FACTUM JUDICIUM DABO, SI SERVUS INSCIENTE DOMINO FECISSE DICETUR, AUT ÆSTIMATIONEM DARI, AUT NOXÆ DEDI JUBEBO, *l. si vero. 5. prætor ait 6. h. t.* Ut igitur in superiore capite, qui Dejecit vel Effudit: sic in isto coercetur, qui Positum habuit, sive nocuit id quod positum erat, sive non nocuit.

9. *Cur, adversus quem ad quod in hoc capite datur actio.*

Datur autem hæc actio non in habitatorem, sed in eum qui posuit *d. l. 5. § si id quod 9.* Sufficit enim ita dari, quia dominus vel habitator, etsi ipse non posuit, tamen si ab alio positum petitur, suo nomine, perindè atque si posuisset, tenetur, *d. §. si id quod 9.* Loquitur autem Edictum de partibus ædificii projectis & eminentibus, ut suggrundis: quemadmodum ex verbis illis, SUPRA EUM LOCUM, &c. satis apparet. Quamobrem si quis ex testiculo suspensum, vel in pergula quid positum habeat, quod damnum aut dedit aut dare potest, non quidem ex verbis hujus edicti quæ deficiunt, sed ad exemplum hujus actionis, dabitur *d. l. 5. §. fin.* Hæc actio etiam popularis est: quoniam publicas vias esse securas, & ab omni periculo liberas, uniuscujuslibet interest, *d. §. fin.*

OBSERVATA.

Actio h. t. est ex q. delicto.

N. IV. *Non tantùm hic ex vero maleficio*) Quæstio est. *An hæc actio contra inhabitationem oriatur ex vero vel quasi delicto.* Et rectè dicit Wes. esse ex quasi delicto §. 1. *l. de Oblig. quæ q. ex del. quod detur ex præsumpta culpa in habitatoris ratione hominum quos in domo habent, quodque habitatoris sit vitare, ne quem in ædes temerè recipiat, qui effundat vel dejiciat.* Verùm *non consideratur hic an inhabitator dejecerit vel non, sed an ex ædibus quid effusum vel dejectum, arg. l. 2. h. t.* Quod equidem extrinsecâ ratione justum est, ut tanto sit diligentior habitator in rebus suis observandis. Attamen si constat de eo qui damnum dedit, eum ex L. etiam Aquilia teneri directâ actione non dubitaverim. Ubi etiam plures *pro indiviso* habitant, ut *in Academiis studiosi in suis Musæis*, quilibet intelligitur habitator: quando itaque non constat quis effuderit vel dejecerit, quilibet in solidum tenebitur. Conf. Schneidvv. *ad §. item n. 8. Inst. de obl. quæ quasi ex del.*

Ad exemplum act. ex L. aquil. a qua v. differt.

N. V. *Ad exemplum Leg. aquiliæ*) Ratio esse potest, quia ut hæc est propter *damnum datum Corpore*: ita & actio dejecti & diffusi *propter damnum datum dejectione aut effusione*; ut illa ex culpa; ita & hæc, quamvis illa sit non nisi ex vero delicto; adde hic *l. 5. §. 4. h. t.*

Actio positi vel suspensi. Directa.

N. IX. *Non in habitatorem.*) Distingui hæc actio potest *in directam & utilem.* Illa datur ad pœnam 10. aur. contra eum qui *expositum habet*, & scit ita positum vel patitur, *l. 5. §. 8. 9. 10. & 12. vers. quia positum habuisse, h. t.* in suggrunda vel protecto, quod si ceciderit, alicui nocere potest, *d. l. 5. §. 11.*

Utilis.

Hæc propterea quod *in reticulo* suspensum aut *in pergula* positum *jam decidisset* & damni quid dedisset. Hancque ad exemplum actionis ex edicto deposito & suspenso dari expressè dicit Ulp. *in d. §. 12. in f.* Nec obstat *l. 1. §. 3. eod.* quia est de q. dejecto.

Causa hujus delicti culpa.

Cæterùm & hujus judicii causa q. delictum est s. culpa hominis præsumpta §. 1, *de obl. quæ ex delict.* Hujus enim est providere talia ne fiant.

ne fiant. Neque enim habitator tenetur, quia ipse non dejecit, nec dejici jussit, sed tantùm culpa ejus fuit, quatenus tales personas in ædibus retinuit, quæ ita imprudenter agebant. Quamvis certè hæc non immediata, tamen aliqualis tamen causa nascitur. Ita Robert. Scharrockius *de offic. secund. jus nat. et de innocentia, p. m. 213. & seq.* Unde mirari licet legem Draconis, *animâ etiam carentia* exterminantem, si quid fortè eorum corruen-do em. hominem peremisset. Cujus argumentum in oratione Demosthenis contra Aristocratem hoc est: *si lapis, aut ferrum, aut tale quippiam, delapsum, percusserit; atque aliquis à quo id conjectum sit ignoret, ipsum vero norit & habeat telum quo cædes facta est: his rebus in hoc loco judicium dictatur.* Plurimus in hoc inquirit opinio *de noxia animal* tractatu Dn. Thomas *c. 23. & in seqq.*

Jus de his Græc.

TITULUS IV. C. 3. 41.

De Noxalibus actionibus.

1. *Quare dentur noxales actiones.*

Quemadmodum habitator suorum culpam præstat, ita dominus si servus deliquerit, ejus nomine conveniri potest. Cum enim adversus servum agi nequeat, simul quia personam standi in judicio legitimam non habet, *l. servus. C. de jud. l. vix certis. 53. sup. eod.* utpote cum jure civili pro mortuo, hoc est nullo putetur, neque caput habeat, *l. quod attinet 32. de reg. jur. vid. sup. de cap. demin.* simul quod nihil proprii possideat, ex quo damnum relarciri possit: *l. hos accusare 12. §. omnibus ff. de accusationibus* & iniquum tamen sit, ei qui injuriam accepit, non consuli: æquum visum fuit, dominum ex noxa, id est maleficio servi Noxalibus actionibus obligari: ut cui emolumenta & fructus acquiruntur, ad eundem detrimenta, culpa servi contracta, pertinerent.

2. *Noxales in delictis publicis non habent locum.*

Quod tamen intelligendum de privatis judiciis, quæ damnum persequuntur. Nam ad publica maleficia, quibus & liberi, & servi sontes, ad exemplum & vindictam corporali supplicio afficiuntur, Noxalis actio non pertinet, *l. 2. C. de accusat. d. l. hos accusare. §. omnib. l. pen. sup. si ex noxali causa agatur.*

3. *Quid veniat in noxalem actionem.*

Dantur igitur ad damnum persequendum noxales actiones in dominum, quarum vis & potestas hæc est, ut si damnatus fuerit dominus, habeat tamen (usque dum judicati actione conveniatur *l. item veniunt 20. §. idem recte ait 1. de petit. hæred.*) deditione ipsius corporis, facultatem evitandi litis æstimationem. *l. 1. h. t.* ne videlicet nequitia servi, ultra corpus ejus domino sit damnosa, *l. 2. in prin. h. t. Inst. eod. in princ.* Defendere itaque servum, & damnum præstare dominus cogitur, aut eo carere, & noxæ dedere *l. 2. 9. l. 33. h. t.* Quod quidem verum est, si ignorante domino deliquit. Nam si eo sciente, vel non prohibente, ad integram litis æstimationem, perinde ac si jussisset, dominus alligatur *l. 2. cum §. ll. seqq. hoc tit.*

4. *Noxales esse tantum adjectitias qualitates.*

Dicuntur autem Noxales actiones, adjectitiæ quædam qualitates, & formulæ ad alias principales appositæ: veluti noxalis actio Furti, noxalis Aquiliæ, noxalis injuriarum, Doli mali Metus, &c. Nec hæc qualitas immutat principalis actionis naturam: *l. penult. C. eod. tit.* sed id tantum efficit, ut & contra dominum detur actio, & is noxæ dedendo servum, æstimationem litis effugiat.

5. *Quæ civi-*

Itaque quod dicitur, Noxales actiones aut legibus aut Edicto Prætoris esse constitutas, *§. sunt autem. Inst. eod.* ita accipiendum est: Quibus actionibus in lege additum est caput De noxa, ut actioni Furti lege XII. Tabularum, damni, Injuriæ lege Aquilia, hæ noxales actiones legitimæ sunt: cum verò Prætor de Noxa clausulam aut Civilibus aut Prætoriis actionibus adjungit, Prætoria dicitur noxalis actio. Et hæc quidem directo dantur ex verbis vel legis, vel Prætoris, *l. electio 26 §. 1. hoc tit.*

viles, quæ prætoriæ vocantur.

6. *Quomodo conveniatur is, qui dolo possidere desiit.*

Quod si dominus servum dolo desiit possidere, quoniam tunc actio ex supradictis capitibus non suppeditat, ex quibus tantum adversus dominum possidentem (quia noxam tantum caput sequi voluerunt, *§. omnis Inst. eod. l. fin. h. t.*) agi potest: ideo Prætor ad puniendum dolum, quem non decet esse impunitum *l. 4. §. cum dominus 2. hoc* pollicetur judicium Prætorium sive Utile, idque sine noxæ deditione *l. si plurium 5. l. quoties 21. hoc titulo.*

7. *Generale edictum de noxalibus.*

Itaque omnibus noxalibus actionibus hanc quasi explicationem generali Edictu Prætor adjecit: SI IS IN CUJUS POTESTATE ESSE DICETUR, NEGAVIT SE IN SUA POTESTATE SERVUM HABERE: UTRUM ACTOR VOLET, VEL DEJERARE JUBEBO IN POTESTATE SUA NON ESSE, NEQUE SE DOLO MALO FECISSE QUO MINUS ESSET, quo casu, si falsum jurat, de perjurio tenebitur: poteritque ab ipso, si servum iterum defendat, peti æstimatio damni in solidum, *d. l. quoties in fin.* VEL JUDICIUM DABO, SINE NOXÆ DEDITIONE: *d. l. quoties § prætor ait 1.* hoc est, permittam, ut cum Domino in solidum agi possit, adempta illi dedendæ noxæ facultate, *d. l. quoties in prin. l. si servus 17. de inter. actio l. 1. §. interdum. sup. si quadrupes pauper.* SI SERVUS PRÆSENS ERIT, NEC QUISQUAM SIT QUI EUM DEFENDAT, DUCI JUBEO: qua ductione illi acquireretur qui abduxit, perinde atque si noxæ deditus esset *l. is qui in aliena 32. l. electio. 26. §. fin. h. t.* Sed hodie apud nos Sax. qui mancipia liberis, non servis utimur, hujus Edicti non magnus est usus: cum aliorum nomine non teneamur, *§. omnis Institut. de nox. act. tit. Cod. Ne ux. pro mar. cum seq.* nisi quatenus eorum merces se extendit, *Land. lib. 2. art. 32. ubi glo. lat.*

OBSERVATA.

N. III. *In dominum*) Qui scilicet talis est *tempore motæ actionis & servum tum possidet.* Nam noxa h. e. delictum Caput (servi delinquentis) sequitur, *quia obligatio ex delicto semel contracta, inhæret servo & eum, quocunque eat, ad quemcunque dominum comitatur.* Neque enim, ut nonnulli putant, *Caput* hic denotat dominum servi, sed ipsum servum. Adeo autem noxalis actio caput sequitur, ut quamdiu servus est sub domini potestate, dominus conveniatur, etsi in alterius potestatem veniat, alter conveniri possit; imo transit noxa cum capite empti servi ad novum dominum, quamvis ipse si sibi ignoranti talis est venditus, eo nomine regressum habeat contra venditorem, quare emptores sibi cavere solebant stipulationis clausulâ, eos noxis solutos esse, *l. 1. §. 1. de ædil. edict.* Et pertinet huc quod Vasquez. *loc. cit. f. ad cit. si quadr. paup.* dicit, servum *secundum suam personam* obnoxium manere restitutioni, quod persona non libera æstimetur pretio quo reparari potest damnum illatum. Unde dominus tenetur ad restitutionem *non ratione sui*, neque culpæ ratione, sed *quia suâ natura servus* (ut & domini) *non est capax obligationis:* & sicut quicquid affert utilitatis, est domini, ita & damni: indeque obligatio illa ad restituendum, cujus non est capax servus, est ipsiusmet domini. Ita Vasquez. Unde porrò constat, noxales act. non esse proprias, sed *qualitates* solùm *actionum* ex delictis servorum privatis. Quod si fuerit manumissus servus, directò ipse tenetur, (extinctâ noxæ deditione §. 3. *l. de noxal. act.*) actione ordinariâ ex illo delicto, *l. 15. de condict. furt.*

Facultatem) Unde agi dicitur hac actione non nisi *alternative*; (1) quod dominus præcisè nequeat compelli ad litis æstimationem, *l. 1. h. t.* propter nequitiam servi, *h. e. quod iniquum sit domino nequitiam servi damnosam esse ultra deditionem, qua & ipsa sit damnum passo satis ex æquitate, quod servus neque bona habeat, neque conveniri possit, l. fin. C. h. t. ne alias delictum maneret impunitum.* (2) quia illa facultas noxæ dedendi, ex lege est, *l. 6. §. 1. de re judic.* (3) ne petens solidū actor arguat scientiam domini, & ita succumbat, (4) deni-

Igitur alternativè.

que quia sententia fertur alternativè, ergo sic quoque petendum, *arg. d.l.6. §.1.* & *§.1. l. de offic. judic.* Alioquin illud hic quæri solet: *An actio noxalis detur quoque contra bon. fid. possessorem?* Affirmat *l.13. h.l.27. §. f. de R. V.* quas verò turbare videntur *l.27. § si h.* & *l. 28. eod.* Sed videatur D. Perez. *ad Cod. h.t. n.6.* & Zœs. *ff. eod. n.11.* Bachov. *ad Tr. h.t. lit. C. th. 12.* Gotofr. *ad l.27. §.3. ad L. Aquil.* Quod si enim bon. fid. possessor conventus damnum servi nomine præstitit, & dominus postea servum vindicet, tenetur ipse solvere litis æstimationem vel repelli potest exceptione doli.

An contra b. f. possessorem.

N. VII. *Sed hodie apud nos Saxones) Verùm nunc omnes Christiani non servis propriè talibus, sed liberis hominibus pro ministris utuntur.* Ideoque rectè Bachov. hic ait, quod Autor juri Sax. tribuit, ex eadem ratione obtinere apud omnes Christianos, *Nam pœna debent tenere suos autores, l.21. C. de pœn. l.33. §.1. C. de inoff. testam. imprimis quia deditio noxæ in liberis hominibus non obtinet, arg. §.3. I. hoc. tit.* Quod si tamen famulus delinquat in officio suo cui à domino erat præstiturus, in seinem anbefohlenen Ampte/ *l.1. p.2.* & *§. 5. de publican.* tum & dominus inde conveniri potest, jure communi in totum, *arg. d.l.1.* Saxonico ad mercedem, Landr. *l.2. §.32. ubi Gl. Verbe causa si præfectus alicujus nobilis injuste aliquem pignoraverit, dominus ad interesse potest conveniri.* Nisi & culpa domini accesserit; tum enim & jure Saxon. in solidum tenetur, & in arbitrio est damnum passi, an adversus dominum an verò contra famulum agere velit, per text. *in l.1. C. ad l. Jul. repet.* vid. quæ latè & optimè de hac materia congessit Joh. Hermann. Stamm, *de servit. person. lib. 2. c. 13. 14.* & *seqq.* & novissimè Dn. Mevius *eleg. comm. ad Lubec. l. 3. art. 1. n. 29. ad fin.*

In nostris ministris hæ actiones haud obtinent.

Quomodo hodie ex delicto fam. dominus teneatur.

DIGESTORUM LIB. X.

TITULUS I. C.3. 39.

Finium Regundorum.

1. Continuatio tituli.

PRæter actiones perfectè reales, aut merè personales, quædam sunt, quæ mixtam causam obtinere videntur, de quibus deinceps est disserendum. In hoc genere primum locum eæ actiones obtinent, quibus aut Fines agrorum petuntur (nam hæ vendicationi cohærent, *l.3. C. eod. Cujac. obser. lib. 5. c. 21.*) discerni ac regi, aut res Communes dividi, *§. quædam Inst. de act.*

2. Origo juris ac finibus regundis.

Ut certi agrorum constituantur fines, certisque limitibus confines fundi disterminentur, ad pacem servandam, rixasque & arma inter vicinos sopienda, plurimùm interest. Itaque & lege divinâ prohibitum est, terminos transferre. Deut. 19.14. & 27.17. & statim ab urbe condita, Numam Pompilium fecisse, consecrato Deo Termino, jura finium religione quâdam munivisse: ne quod fieri solet, quodque est perniciosissimum, temeritate cujusquam aut injuria violarentur. *Dionys. Halic. lib. 2.* Deinde lege XII. Tab. ad exemplum ejus legis, quam Solon Athenis tulisse dicitur, de finib. quædam præscripta sunt: *l. fin. h. t.* idque inter cætera, (quod huc pertinet) ut inter confines agros quinque pedum spacium, velut unius gradus geometricus, quo in sine alterius incommodo colendi gratia aratrum circumduci possit relinqueretur, *l. 3. de term. mot. Paul. lib. 1 tit. 15. Aggen. de limit. constan. lib. 2. Cujac. in l. 4. §. ult. de usucap.* Id spacii & fines constituebat, & ex lege XII. Tabul. usucapi, ex constit. præscribi non poterat, *l. quinque pedum C. eod. Cujac. in d. l. 4. § ult.* ut ostendit Cicero li. 1. de Legibus, quanquam hodie 30. annis præscribi posse videatur, *l. ult. C. eod.*

3. De quinque pedū præscriptione.

De his ergò quinque pedibus, aut aliis finibus (nec enim in disterminandis hortis aut pratis tantum spacii olim relictum, sed aut lapide, aut sepimento, aut alio modo, confinia discerni solere, multis ex indiciis apparet) orta controversia propter mutatos confusosque terminos, aut dolo adversant per exarationem translationemque, &c. aut inundatione, vetustate, aliove modo, lege Manilia cautum erat, ut arbitri sive agri mensores tres, perinde atque in vendicationibus, earum rerum periti, regendis finibus, id est, discernendis, & ad certam æquabilemque regulam dirigendis darentur, *Cujac. obs. lib. 5. c. 8.* ut supra dicto loco Cic. declarat. Quod quidem regendi jus cum sit, ut ostensum est, antiquissimum, jure primo loco in hac divisoriorum judiciorum expositione exponitur, *§ singulorum. in fi. Inst. de rer. divis.*

4. Ad quos fines quasque causas, hac actio pertineat.

Judicium autem hoc ad prædia rustica, eorumque confinia pertinet: *l. 2. l. 4. §. fi. hoc. t.* in urbanorum displicuit, *d. § fin.* Neque enim confinia hæc sunt, sed magis vicina, & communibus parietibus plerumque disterminantur. Ideoque etsi in agris ædificia juncta sint, tamen huic actioni locus non erit. sed potius Confessoriæ, aut Negatoriæ, aut alicui Interdicto: quemadmodum è contrario in urbe hortorum latitudo efficit interdum, ut etiam Finium regundorum agi utiliter possit. *d. l. 4. §. fi.* Si verò flumen vel via publica intervenit, confinium non intelligitur: quia magis in confinio meo via publica vel flumen est, quam ager vicini. *d. §. fi. l. 5. h. t.* Sed si rivus privatus intercfluit, Finium regundorum agi potest: *l. 6. h. t.* quia pars fundi est, sint reliqui privati limites.

5. Quibus contra quos detur.

Exercitium autem istius judicii competit dominis prædiorum: quia hac actione, quamvis in personam sit, tamen veluti per vendicationem, petit sibi in rem quisque suam adjudicari. *l. 1. h. t.* Datur & utilibus dominis ut Emphyteutæ, Beneficiario &c. Item Fructuario & Creditori, qui jure pignoris possidet, *d. l. 4. §. fin. 9. h. tit.* propter jus quod in re habent. Contra eosdem autem omnes eadem ratione competit: quia Duplex hoc est judicium, *l. judicium 10. h. t. l. in tribus 13. de jud. vide gl. & Dd. § pen. Instit. de interd. l. 2. in f. com. de Ud.* Inter socios potiò, qui communes agros possident, locum habere non potest. Ut si ego & tu fundum habeamus communem, cui vicinū alium fundum ego habeam proprium, non constabit inter nos finium regundorum controversia: quoniam adjudicationes, quibus hoc judicium expeditur, in re Propria fiunt, in Communi fieri nullo modo possunt. Quod enim alteri adjudicatur, & tanquam suum sententia judicis attribuitur, commune manere non potest: aut si manet, inutilem & nullius usus adjudicationem dicendum est: quod fuerit perabsurdum. Itaque, si velim tecum contendere, necesse habeo, aut communi dividundo, fundum communem tecum dividere, aut proprium alienare, *d. l. 4. §. si communem.*

6. Cujusmodi sit judicium, & quid in illud veniat.

Judicium finium regundorum est mixtum. Datur enim partim in personam, ut reliqua judicia, in quib. de divisione agitur: vel ex maleficio, contra violantem terminos: vel ex negatione, adversus eum qui alios limites præscribit, quam nos esse intendimus: partim in Rem, quandoquidem nostrum petimus, ut videlicet domino, vel potius agris suum adjudicetur, *d. l. 1. d. l. 4. §. si alter. 5.* Finis autem & conclusio (ut ita dicam) hujus actionis est, ut veteres termini officio judicis restituantur: vel si non apparent, dirigantur novi: ejusque quod interest, & post litem contestatam fructuum ratio habeatur. Nam ante percepti non omnimodò in hoc judicium venient: quandoquidem si bonâ fide percepti sunt, lucro ejus cedunt qui consumpsit: si malâ fide conducuntur, *d. l. 4. in prin. h. t.* Duplex autem hoc judicium est, quia unusquisque & agentis, & ejus qui cum agitur, partes sustinet: siquidem uterque petit, & ab utroque petitur, *d. l. 10. h. t.*

7. Quomodo in eo probandum & judicandum.

Porrò quomodo dirigendi sint fines, & quod sit judicis officium, ut intelligatur, sciendum est, cum de finibus quæritur, primò (sicuti in cæteris realibus judiciis) de possessionis jure quæri solere, *l. si qui destinaverit 14. de rei vend.* quo videlicet modo & loco termini hactenus sint observati & possessi, *l. 3. C. fin. reg.* ad quod utrinque probationes sunt producendæ *c. 3. de probat.* In his enim duplicibus judiciis utrinque documenta exiguntur, quia uterque petitoris personam gerit,

gerit, *l. in tribus 13. de jud. l. inter cohaeredes 44. §. qui familia. 4. inf. tit. 1.* Possessionem autem justam qui probaverit, obtinere debebit, ex vulgari regula. Cum obscura sunt utriusque partis jura, pro possessore judicari solet, *c. in parte de reg. jur. in 6. §. commodum. Inst. de inter.* nisi adversarius de jure proprietatis, aliisque finibus docuerit, *c. ex literis de probat.* Probantur autem fines veteribus monumentis: ut sepibus, fossa, arboribus, &c. authoritate census, ante litem inchoatam ordinati: nisi contra varietate successionum, & arbitrio possessorum, additis vel detractis agris, fines esse immutatos demonstretur, *l. si irruptione. 8. l. final. 11. h. tit. l. 2. C. eod.* Qua in re plurimum valent testimonia eorum, qui antea eos fundos possederunt: *l. pen. hoc tit. l. 1. C. eod.* fama antiqua, praesumptio juris & similia, *vide Bald. cons. 161. proponebatur, vol. 3. Socin. cons. 86. num. 2. 4. & 5. incip. in causa, volum. 1. & cons. 166. in 1. parte. gloss. in cap. cum causam 13. de probat. & in cap. ad audientiam de praescript. vide Zobel. Land. lib. 2. art. 50.* Quod si fines aut in universum, aut in aliqua parte non satis commode dirimi possint, vel quia obscura sunt utriusque partis tam in possessione probanda quam in proprietate jura, vel ob aliam incommoditatem: potest judex, quamvis haec actio non sit bonae fidei, utpote quae non ex civili bonae fidei conventione, sed ex delicto aut facto unius, aut jure reali, ut vendicatio cui cohaeret, oritur, tamen veteris obscuritatis amovendae gratia, novos fines per aliam regionem, ubi commodum fuerit, dirigere, idque per adjudicationem & condemnationem ex bono & aequo: *§. quaedam in fin. Inst. de act.* ut cui fundo sit adjudicatio alicujus portionis terrae, porrectis in alienum agrum terminis, ejus dominus pro eo quod illi adjudicatum est, certa pecunia condemnetur illi, cujus agro aliquid abjudicatum est, *l. 2. §. 4. §. si alter. 5. h. t.* Quae ut omnia recte aequabiliterque fiant, est judicis vel suis ipsum oculis loca de quorum finibus ambigitur, subjicere, ac in rem praesentem ire: aut si per occupationes non licet, agrimensores mittere, per quos jubent praesentibus litigatoribus aut contumaciter absentibus, examinari in re praesenti causam, & per dimensionem agrorum terminos declarari: ex qua declarationis relatione finium regundorum quaestioni finem imponet. *d. l. 8. h. t. l. 3. C. eod. l. inter castellanos 44. de recep. arbit.*

Sed super hoc judicium etiam alia juris remedia inventa sunt, quibus finium distinctio apte munitur. Nam quo minus custodiuntur agrorum limites, quoque magis patent injuriis *Dion Halic. lib. 1.* eo diligentius legum sanctionibus defendi eos par est. In primis qui post delatam finium regundorum quaestionem, non exspectata judicis sententia, partem fundi alieni usurpare audet, non solum quod petebat amittit: sed quo magis unusquisque contentus suo rem non expetat alienam, qui ireptor agrorum in lite fuerit superatus, tantum agri modum, quantum adimere tentavit, amittit. *l. 4. C. eod. tit.* Deinde, Agraria lege, quam Cajus Caesar tulit adversus eos, qui terminos statutos extra suum agrum finesve dolo malo moverint, pecuniaria poena constituta est. Nam in terminos singulos quos ejecerint, locove moverint 50. aureos in publicum dare jubentur: & hujus actionis petitio est, ejus qui volet: *l. fin. de termino moto.* Sed & criminali judicio eos qui pessimo facto terminos finium causa positos, protulerunt, rescriptum D. Adriani persequitur: quo poena corporalis, ut relegationis, verberum, operis publici, &c. ex conditione personae, & mente facientis, irrogatur. *l. 2. de term. vide Paul. lib. 5. tit. 16. l. 1. C. de accusat.* Quae quidem accusatio civile finium judicium non tollit, neque ab eo tollitur: sed qui finium regundorum egit, accusare termini moti reum potest, & contra *l. 4. §. judicantur 4. h. t.* Alterutro tamen judicio pendente, aequum est alterum ad finem usque prioris differri. *l. 4. de publ. jud. l. unic. C. quando civilis actio praejud. crimin.* Illud ultimò addo, jus Sax. hac in parte non discrepare à jure communi: nisi quod aliud spacium, nempe trium pedum inter confinia velit relinqui. *Land. lib. 2. art. 51. Reinh. dissert. 35 parte ult.* quam jure communi cautum sit & definitum, *l. fi. h. t.* & civili tantum mulcta puniat eos qui ignoranter fines transponunt; *lib. 2. art. 28.* criminaliter vero & arbitrariè, qui dolo malo: *vide gloss. Zob. in d. artic. 28. Fast. diff. 65. Reinhard. praealleg. loc.*

8. Reliqua jura quibus fines muniuntur.

OBSERVATA.

Distinctio finiũ vetustissima.

N. II. *Itaque & lege divina*) Nimirum certum est distinctionem finium vetustissimam esse, *ex Deut. 19. 14. & 27. 17.* ad furtum referri solitam. Numa eam introduxit in Remp. Rom. L. 12. Tabb. constitutum inter duo praedia rustica non urbana, *arg. l. 14. de S. V. P.*) spacium quinque pedum pro termino, & usucapi prohibitum. Seculo II. ante N. C. L. Mamilia lata est, (à C. Mamilio Trib. plebis,) quâ agrimensores seu 3. arbitri constituti ad has controversias decidendas, quae duravit adhuc sub Constantino Imper. *arg. l. fin. C. Theod. fin. regund.* Deinde res haec ad magistratum redit, *t. t. h. pass.* Sub Hadriano & seqq. Impp. spacium praedictum potuit longâ possessione acquiri, *l. 2. §. 6. l. 7. §. 1. pro empt.* Denique Theodosius, (major) Arcadius, & Honorius II. sec. IV. addiderunt, quod actioni finium regundorum praescribi possit 30. annis, *l. ult. C. h. t.* Caeterum ex cit. *l. quinque pedum. pen. C. h.* quae est Valent. Theod. & Arcadii, non probatur quod id spacium possit praescribi, ut contendit Wesenb. Nam vox praescriptionis ibi significat exceptionem; & sensus est, *submotâ* praescriptione (exceptione) *quinque pedum* (juxta quam olim arbitri erant adeundi) hodie *finalis jurgii* (controversiae de finibus) *vel locorum libera agatur intentio, sc.* coram magistratu ordinario. Quippe enervata erat per constit. hanc lex Mamilia, ita ut exceptio quinque pedum de eligendis tribus arbitris deinceps non poterit opponi. Neque etiam quod est *in l. ult. C. h. t.* de praescript. 30. annorum, cum A. intelligi debet de dicto spacio praescribendo, *verb. finali quaestione.* sed verum est de actionis hujus praescriptione, *l. 3. de praescript. 30. ann.* Nec officit *l. 2. §. 6. pro emptor. & l. 7. §. 1. eod.* quia non sunt de praescriptione actionis sed de longi temporis possessione, quâ fines acquiri possunt, accedente bona fide & justo titulo. Conf. *ad d. ll.* Joh. Brunemannus.

Explic. l. pen. C. h. t.

& l. ult.

N. VI. *Judicium finium regundorum est mixtum*) Est & duplex, quod in eo uterque actor sit & reus, & probet *l. 37. §. 1. de O. & A. l. 10. h. l. 2. §. 1. comm. div.* Mixtum dicitur quod partim sit ex jure ad rem, partim ex jure in re seu dominio, latè tali, §. 20. *de act.* Ex illo est; (1) quia datur in personam, *l. 1. l. 3. h. junct. d. §. 20.* (2) quia ex turbatione terminorum est, quae vel dolo fit, & tum est ex vero delicto, *l. C. §. 2. h.* vel ex distractione terminorum *l. 11. h. t.* (3) venit hic quoque id quod interest, non fuisse fines turbatos, *l. 4. §. 1. & h. l. 3. eod. §. 20. l. de act.* (4) venit & pars mercedis quae conducto agrimensori debetur, *l. 4. pr. §. 1. & seqq. h. t. arg. l. pen. fam. ercisc.* Ex hoc, scil. jure in re, etiam descendit, 1. quia dicitur pro vindicatione esse, *d. l. 1. h. t. junct. l. 1. C. eod.* i. e. pro reali actione, *arg. §. 15. I. de act. junct. l. 20. eod.* 2. petitur hic suum restitui, *l. 8. h. t.* 3. imò ex dominio aestimatur, vel alio jure in re, *l. 4. §. h.* quod judex in judicando attendere debet, ideoque & agens in eo se fundare, *l. 4. h. t.* Conf. Bachov. *ad Tr. disp. 19. th. 1. D. & ad Wesenb. h. n. 6.* Exprimit hanc mixturam rectè Joh. Oetinger. *de jur. ac controv. limit. & fin. reg. l. 2. c. 8. l. & L. verb.* wird (haec actio) so wol wider die Person deß beklagten / als zu handhabung deß Klägers ligenden Güter fürgenommen / und ist deßwegen einer vermischten Natur. Videsis eundem de tota materia, post Hieron. de Monte *tr. de finib. reg.*

Est hoc judic. duplex.

Mixtum.

TITULUS II. C. 3. 36.

Familiæ herciscundæ.

1. Ratio & origo hujus judicii.

Quemadmodum ex veteri legis XII. Tabul. jure hæreditates dantur, *l. 1. sup. de pet. hæred.* ita indidem actio descendit, qua res hæreditariæ inter hæredes a communione discedere volentes dividi officio judicis petuntur. *l. 1. h. t.* cum enim materia communionis soleat excitare discordias *l. cum pater 77. § dulcissimis de legat. 2.* eoque invitum in communione detineri lex vetet, *l. fin. C. comm. dividun.* necessarium videbatur, aliquam hæredibus largiri actionem qua res jure successionis communicatas ad divisionem revocare, ad eamque divisionem faciendam cohæredes provocare possent: quæ quidem actio, judicium Familiæ herciscundæ nominatur.

2. Definitio & quale sit judicium.

Nam Familia inter alia hæreditatem significat, *l. ult. C. de verb. sign. l. pronunciatio 195. § fam. 1. ff. eo. tit.* ut in illis legis XII. Tabularum verbis: AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. *d. l. pronunciatio. Ulpia. c. 26. in princ. Instit. de leg. ag. success. ubi dixi.* Erciscere autem antiquum verbum, idem est, quod dividere. Hinc dictum judicium Familiæ herciscundæ, quod ea familia, hoc est, hæreditas, erciscii, id est, dividi petatur. EST AUTEM HOC JUDICIUM civile, duplex, mixtum, bonæ fidei, universale, quo ad divisionem hæreditatis, officio judicis inter cohæredes faciendam, agitur. Dico esse CIVILE, quia ex lege XII. Tabularum descendit, *d. l. 1. h. t.* DUPLEX, quoniam unusquisque hæredum & rei & actoris partes sustinet, *l. 2. § in familiæ 3. l. 45. § qui familiæ 4. h. t.* licet quantum ad ordinem judiciorum servandum attinet, qui prior ad divisionem provocat, actoris vice fungatur, *l. in tribus 13. sup. de jud. l. 2. in fi. inf. t. 3. l. judicium 37. sup. tit. 1.* MIXTUM, nam dirigitur tam in rem quæ dividi petitur, quam in personam, respectu personalium præstationum, *l. item 22. § familiæ pen. h. t.* ut accepti commodi vel incommodi, fructuum, expensarum, *l. hus consequenter 18. cum l. seq. h. t.* & adjudicationum: quæ personales sunt, *d. l. item § penult.* Permittitur enim in his judiciis divisoriis judici, rem alicui litigatorum, ex bono & æquo compensatione pretii facta, adjudicare. *§. quædam Inst. de actio.* Quo & ea ratione personalis censetur, quod ex quasi contractu ortum habeat, & in personam cohæredis tantum detur. *§. item similiter. Instit. de oblig. quæ ex quasi contr.* BONÆ FIDEI judicium est, *l. 9. C. eod. § actionum. Inst. de actio.* tum quia ex civili bonæque fidei negocio oritur, tum ut laxior sit judicis in adjudicationibus ex bono & æquo faciendis potestas. UNIVERSALE dicitur, quoniam universa hæreditas in hoc judicium deducitur, adeo ut in omnium agentium personam condemnationes & absolutiones faciendæ sint, *l. in hoc jud. 27. h. tit.* nec quippiam debeat judex relinquere indivisum, *d. l. hær. 25. § pen. hoc tit.*

3. Quid hoc judicio petatur.

Peti autem in hoc judicio, & ad id agi, ut res hæreditariæ officio judicis dividantur, certum est *l. 1. § 3. l. off. 26. hoc t.* Nam tum demum huc pervenire solet, cum neque ex testatoris, nec hæredum voluntate hæreditas divisa est: quemadmodum paulo post dicemus, ut quæ privata consensione inita nequit partitio, ea judiciali authoritate expliceatur.

4. Quibus detur hæc actio.

Illud porro in aperto est, inter cohæredes duntaxat, *l. cum putarem 36.* huic judicio esse locum, quocunque tandem jure hæredes sint, sive suo nomine, sive jure successionis, *l. si fam. 48.* & sive possideant suam portionem, sive petant, *l. 1. 2. l. hæred. 25. § 1. hoc tit.* quorum vel unus arbitrium Familiæ herciscundæ petere invitis cæteris potest. *l. arbitrum 42. hoc tit.* Sed nec dubitandum est, quin & inter pauciores hæredes ex pluribus hoc judicium accipi possit, *l. 2. § dubitandum. 4. h. t.* quod tamen absentibus, aut ad divisionem non vocatis, nullum creat præjudicium. *l. cohæredibus. 17. C. eod. tit. l. inter: 44. § si cohæredes. 2. h. t.* Et generaliter, qui petere hæreditatem possunt, hi & divisionem recte petunt. *d. l. 2.* Bonorum vero possessoribus, fideicommissariis, reliquisque qui veri hæredes jure Civili non sunt, sed vicem hæredis repræsentant, non quidem Directum hoc judicium, quod cum civile sit, tantum ad veros jure civili hæredes pertinet, sed utile ex æquitatis interpretatione sententiaque legis competit, *d. l. 2. § si quarta. 1. l. sed & ejus 24. l. si ex asse. 40. hoc tit.* Porro qui cohæres non est, ei nec adjudicari quippiam oportet, neque adversarius est condemnandus: denique plane aditus hujus judicii est præclusus: adeo ut is qui possidet, si neget agentem esse sibi cohæredem, possit eum excludere per hanc exceptionem, Si in ea re qua de agitur, præjudicium hæreditati non fiat. Prius enim oportet de jure hæreditario per petitionem hæreditatis cognoscere, quam de divisione. *l. cir. fin. l. fundus 5. § si hoc t.*

5. De quibus rebus, & quid in hoc judicium veniat.

Jam videamus, de quibus reb. detur hæc actio, & quæ res, quomodo in hoc judicium veniant. Ad omnem igitur hæreditatem, sive ex testamento, sive ab intestato devolutam, pertinet *d. l. 1.* Sed & de pluribus hæreditatibus quæ inter eosdem ex diversis causis communes sunt, unum Familiæ herciscundæ judicium sumi potest, *l. hær. 25. h. t.* deque omnibus rebus hæreditariis, tam soli quam mobilibus, sive in ipsa hæreditate inventis, sive occasione hæreditatis, ut usucapione, *l. 8. 9. 10. 11. 12. cum sim. h. t.* &c. acquisitis: etiam alienis, quas bona fide defunctus possedit *l. item 10. h. t.* aut pignori habuit: *l. si pignor. 29. h. t.* denique de omnibus omnino commodis & incommodis hæreditatis, judicium familiæ herciscundæ competit, *l. item ex divers. 19. l. item Labeo. 22. h. t.* unde in illud & præteriti temporis fructus veniunt, *l. pen. h. t.* item ea quæ vel dolo, vel culpa cohæredis, aut amissa, aut deteriora reddita sunt, *d. l. hæredes § non tantum l. & puto. 16. § sed etsi dolo h. tit.* Ex quibus intelligitur, quid sit quod dicat J. C. *d. l. item Labeo 22. § pen.* Judicium hoc ex duobus constare, rebus videlicet quæ dividi petuntur, & præstationibus, quæ alii ab alio, ratione fructuum, doli, culpæ, sumptuum, &c. sunt faciendæ. Porro non veniunt in judicium familiæ herciscundæ nomina, *l. 4. h. t.* quia ea lege XII. Tabularum sine ullo judicio inter hæredes pro portione hæreditaria sunt divisa, ut aliter dividi nequeant, *d. l. hæredes in princ. h. t. l. 6. C. eod. l. pacto successorum C. de pact. l. 2. C. de hær. act.* Sed nec perniciosa veniunt, ut mala medicamenta, aut venena, aut libri improbatæ lectionis &c. quæ a bono & innocente judice statim sunt corrumpenda: neque quæ furto aut alio crimine acquisita sunt, quæ dominis, aut quibus debentur, restitui oportet, *d. l. 4.* nec quæ speciali titulo, ut pro donato aut pro emptore a cohærede possidentur, *d. l. hæredes. § quod pro emptore 5.* universalia enim judicia adversus titulo speciali possidentem non dantur, quemadmodum supra diximus, *ad tit. de pet. hær.* Unde si quid contendas ex hæreditate mihi tecum esse commune, quod ego ex alia causa meum proprium dico, id in Familiæ herciscundæ judicium, quod de sola hæreditate datur, non venit, *l. si quid 45. h. t.* In hoc judicium illa quoque deduci ac reputari æquum est, quæ a morte testatoris in res hæreditarias insumpta sunt. & quicquid omnino necessitate cogente, non etiam ex voluptate, *l. ex duob. 27. de neg. gest.* cohæres fecit aut expendit, *l. hus consequenter, 18. § sumptuum. 3. d. l. hæred. § si. inius. l. ex parte 39. in prin.* Quædam etiam cohæredi ut præcipua adjudicari debent, nec reputantur, veluti prælegata, *l. Pomponius 8. l. si ita leg. 42. h. t.* & quod defunctus hæredi debuit. *l. si filia 50. § 1. l. Junius 51. h. t.* item expensæ omnes studiorum filii factæ, *l. quæ pater 50. h. t.*

6. Qua ratio divisionis ineunda.

Quia vero non solet in hoc judicio inter hæredes convenire, penes quem tabulæ testamenti, cautiones, instrumenta, pendente judicio custodiri debeant: ideo curare debet judex, ut apud eum maneant, qui majore ex parte hæres sit, cæteri descripta recognitaque habeant: cautione tamen interposita, ut cum res exegerit, ipsæ authenticæ tabulæ exhibeantur. Quod si omnes iisdem ex partib. hæredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus erit amicus, apud quem deponantur, vel in æde sacra deponi debent, *l. 4. 5. 6. h. t. l. ult. de fid. instr. vide Schurff. consil. 50 vifis cent. 2.* Illud autem officio judicis incumbit, ut nihil omnino relinquat indivisum, *l. off. 26. h. t.* (nam cum tota hæreditas petatur dividi, sententia & officium judicis, libello debet esse conforme. *l. fin. C. de fideicom. l. ut fundus. 18. comm. divid.*) sed in omnium personas absolutiones & condemnationes faciat, *l. in hoc judicio. 27. h. t.* de evictione aliisque juribus cautiones ex bono & æquo interponi jubeat, *d. l. hæredes. 25. § fin. l. in judicio. 17. h. t.* Et si quæ res commode divisionem non recipiunt, vel alterius ex iis pro totis adjudicet, *l. & puto 16. h. t.* vel licitatione admissa, & compensatione pretii facta, alteri rem, alteri pretium addicat, *d. l. item Labeo § 1. h. t.* Quod si altera pars divisionem detrectet, nihilominus potest judex dividere, & præsenti suam adjudicare partem: absentis vero partem sequestrare, *Spec. de secun. decre. §. videndum. num. 5.* Potest & in dubiis sorti rem committere. *l. 3. C. com. de leg. Jas. in l. 1. num. 39. si cert. peta. & in §. sequens. nu. 73. Inst. de actio.* divisionis autem potestatem uni, alteri vero electionis facere, jure civili, nisi per modum licitationis, ut dictum est, non potest. *Jas. præalleg. loc.* quod tamen & a Canonistis, in c. 1 per illum text. de parochis. Schurf. consi. 71. casus. n. 21. cent. 1. & in moribus nostris est receptum, scilicet ut major natu dividat, minor eligat *gloss. Land. lib. 3 art. 29. Fach. diff. 31. Ramb. diff. 42. Schurff. d. cons. 71.* etiam in divisione feudalium bonorum: scilicet si inter duos tantum, non etiam plures, divisio instituatur. Nec exemplo primæ vetustatis, ea res caret. Sic enim legimus Abrahamum majorem natu, patrueli suo Loth optionem

nionem in diviſione reliquiſſe. *Geneſ.* 13. Cæterum ubi conſuetudine vel ſtatuto hoc inductum non eſt, *Myнſ.obſ.*37. *cent.* 4. tutius fuerit etiam inter duos, nedum plures, rem ſorti committere: nec inter æquales alteri præ altero aliquid concederet prout video communiori calculo probari. *Hanc eſſe commun. multis confir. Tiraq. de jure primog. qu.*60 *per tot. per l. ul. C. comm. de leg. cum ſimil.*

8 *Quando datur. & quamdiu hæc actio.*

Quamvis autem diximus, omnibus hæredibus hujus judicii exercitium competere: tamen illud tenendum eſt, tum demum id obtinere, cum jam adita eſt hæreditas, *l. qui erat* 49. *in fi. hoc tit.* Nam per aditionem hæredib. jus quæritur, & res inter ipſos communicantur. Poſtquam autem competere ſemel cœpit, exemplo cæterarum perſonalium actionum, in Perpetuum, id eſt. 30. annis durat. Semel autem tantum intentari poteſt, quia univerſale eſt, omniumque diviſio rerum in unum judicium deduci ac explicari debet: quod ſi non fiat, & res quæpiam remanſerint indiviſæ, communi dividundo erit agendum *d. l. ſi filia* 20. §. *familia* 4. *h. t.*

9 *De effectu hujus judicii: & de diviſione.*

De effectu porro hujus judicii ita inquit Paulus *l. inter* 44. *al.* 45. §. 1. *hoc tit.* Si familiæ erciſcundæ actũ ſit, adjudicationes Prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando: has petentibus, illa poſſidentibus, idque exemplo aliarum rerum judicatarum, quæ utroque remedio defenduntur, *l. actori C. de rei vindicat. tot. tit. de except. rei jud.* Quare etiamſi quid indebitum ex hac cauſa ſolutum ſit, ceſſat repetitio, *l. cum putarem* 36 niſi diviſio retractetur propter notoriam injuſtitiam: *Schurff conſil.*26 *in fin. cent.* 1. utpote ſi cum hærede putativo actum & diviſum ſit, qui poſt non invenitur eſſe hæres: *d. l.* 36 *l. ult. quis C. de jur. & fac. ign. l. cum ſolus* 29. *de uſucap.* aut læſio ultra dimidiam juſtæ portionis partem intervenit. *l.* 3. *ubi Dd. comm. utr. jud.* Nam etſi remedium illud contra rem judicatam non obtineat, *Iaſ. in l. ſi quis cum aliter de verb. ſignif.* tamen quia non tam pronunciatur ſuper diviſione, quam ex ſententia diviſio authoritate mandatuque judicis ſuſcipitur: ideo æquius videtur, hoc auxilii genus enormiter læſis non denegari, *l. Lucius* 38. *in fin. h. t.* Et hæc quidem in familia per judicem erciſcunda obtinent: nunc de privata & extrajudiciali diviſione aliquid ſubjiciamus. Qua in parte ſciendum eſt, aliud eſſe Diviſionem, aliud Diviſionis placitum: *l. cum proponas* 21. *C. de pact.* ſicut aliud eſt Conventio de contrahendo, aliud contractus. *gloſſ. & Dd in l. in bona* 6. *de eo quod cer. loc.* Diviſionis, placitum, tantum eſt nudum pactum de dividendo, unde nulla oritur actio, *d. l. cum proponas.* Diviſio fit re ipſa, quaſi rebus permutatis: *l. cum pater* 77 §. *hæred. de leg.* 2. *gl. & Cyn. in l.* 1. *C. com. utr. jud.* unde obligatio Bonæ fidei. *Cyn poſt glam d. l.* 1. & actio Præſcriptis verbis ejuſdem naturæ, tanquam ex permutatione ſeu venditione oritur, *l. ſi fratres* 7. *C. com. utr. jud. l. licet* 24. *l. ſi fam.* 14. *C. fam. erciſc. l. hu conſequenter* 18. §. *idem l. ſi filia* 20. § *ſi pater h. t.* Nam diviſio, emptionis vicem obtinet: *l.* 1. *C. com. utr. jud.* quæ tamen ſi inæqualiter facta, ad æquitatem reduci debet. *l.* 3. *C. com. utr. jud.* quod de inæquitate, dimidiam juſtæ æſtimationis partem ſuperante, noſtri interpretantur. *Dd. in d. l.* 3. *Schurff. d. conſil.* 25. & 28 *cent.* 1.

OBSERVATA.

Cauſa h. act. remotior jus gẽt. & civile.

N. II. *Civile*) *Cauſa* hæc actionis *remota* eſt, & quidem *relativè conſiderata* ad jus Romanorum. Sed extra hoc plurimæ quoque gentes hoc judicium uſurparunt, quibus in uſu teſtamentariæ vel legitimæ hæreditates. De Ebræis id expeditum eſt, inter plures filios ex æquis partibus dividentibus patris hæreditatem, excepto quod primogenito portio duplex tribueretur, juxta text. hujus rei unicum *Deut.* 21. 19.

Propinqua jus hæreditarium & q. contractus.

Cæterum efficiens propinqua hujus actionis, quâ in rem, eſt jus hæreditarium *arg. l.* 36 *l.* 48 *l.* 49. *h.* quâ vero in perſonam, quaſi contractus §. 4. *de oblig. quæ ex q. contr.* cohæres enim, cum quo quidem non contrahimus (verè) ſed incidimus in eum, *l.* 25. §. 16. *h.* præſtare quid tenetur, *d. l.* puta, ſi poſt aditam hæreditatem quid ex hæreditate ſolus percepit, §. 4. *I. de offic. jud.* ſi in re hæreditaria dolum vel culpam admiſit, *l.* 16. 34. & 1. *h.* add. *l.* 18. §. 3. *eod.* Nam quatenus cohæres poſſidet & jure hæreditatis rem pro parte ſuam dicit, datur eadem actio contra illum tanquam realis. Ideoque puto Weſenb. per hæc verba: *& in perſonam cohæredis tantum datur*, excludere illum qui non eſt cohæres, non verò, ut arguit Bachov. *in not.* cohæredis ſucceſſores, quod non potuit Autori in mentem veniſſe.

Jus hæred. habet q. ſpecies ſubordinatas.

Illud obſervari meretur, cauſam hæreditatis hîc latiſſimè accipi, *pro titulo illo quo quis vel ex voluntate teſtatoris ultima, vel ex legitima ſucceſſione* cum cohærede altero jus commune acquiſivit, *arg.* §. 4. *de obl. quæ ex q. contr. l.* 11. §. 5. *de except. rei judic.* Hic autem titulus poteſt habere alios ſubordinatos, *ut cum in teſtamento plures inſtituuntur in proprietate ſeu dominio, alii in uſufructu, nonnulli pleno jure æqualiter hæredes fiunt, ſed alteri nomen aut aliud quid prælegatur.* Ita enim diſponere de rebus ſuis poteſt quicunque earum dominus, juxta principia à potentia hominis & rerum dominiis deſumpta, *arg. l.* 21. *mand. junct.* 1. *Rhet.* 5. Et exinde *variat quoque jus hæreditatis*, ex quo pluribus quid commune, ſeu communio hæreditaria. Alii enim ex jure hæreditario habent *dominium* commune, *arg. d. l.* 11. §. 5. *de except. rei judic.* exemplo *l.* 9. *l.* 17. *C. h. l.* 1. §. 1. *ff. eod.* alii communem *uſumfructum l.* 16. *pr.* & §. 2. *d. l.* 1. nonnulli *jus aliud l.* 4. *eod.* Pro quibus omnibus competit hoc famil. erc. judicium *textu h. cit.*

Datur cohæredibus

N. IV. *Inter cohæredes*) Si enim *negatur hæres*, huic actioni non eſt locus, ſed agens repellitur *exceptione præpoſterationis præjudiciali*, h. e. ut prius doceat ſe eſſe hæredem, *l.* 1. §. 1. *h. t.* Weſenb. *n.* 4. *h. in f.*

Et uni

Cohæres autem *unus* etiam, cæteris reluctantibus, ad diviſionem rectè provocat, cum partem habeat certam, pro indiviſo, *l.* 43. *h. t. junct. l. fin. C. comm. div.* Gail. 2. *obſ. l.* 1. 53. *n.* 10. multò magis pauciores ex pluribus, *l.* 2. §. 4. *h.*

A paucioribus. Q. de portione abſentis.

Ubi Q. an diviſio quibuſdam abſentibus facta, tota ſit inutilis ac nulla, an verò pro portione cohæredis abſentis? Reſpondet Giphan. *in l.* 18. *C. h.* inutilem eſſe tantum quoad abſentem; *tum quod abſens portionem ſuam ipſo jure retineat, & ſi veniat, eam non tantum ſed & cum fructibus hac actione petere poſſit l.* 17. *C. h. t. tum, quod, ut dictũ, unus poſſit petere hoc judicium, cæteris invitis, d. l.* 43. *h. t.*

Bonorum poſſeſſori utile jud. datur.

Cæterũ bonorum poſſeſſoribus utile dari judicium conſtat *ex l.* 24. §. 1. *l.* 40. *l.* 49. *h. t.* Neque contrariatur *l.* 2. §. 1. *h. t.* ubi arrogato quartam habenti ex conſtitutione D. Pii, datur utile hoc judicium, quod neque ſit hæres, neque bonorum poſſeſſor: Quia ibi comparatur bonorum poſſeſſor cum arrogato ſaltim ſecundum quid, quod ſcil. bonorum poſſeſſor reſpectu arrogati hæres ſit, qui tamen abſolutè conſideratus hæres non eſt, ideoque directam non habet actionem, *l.* 40. *h. t.* add. Gl. *ad d. l.* 2. §. 1.

Quæ non veniunt in hoc judicium.

N. V. *Nomina*) Non una ſunt quæ in hoc judicium non veniunt. Ex quibus inſigniora *nomina, præcipua, expenſæ ſtudiorum.* Nomina dividenda non ſunt, ſed adjudicanda, *l.* 2. *h. t. & l.* 6. *ubi* Gloſ. *C. eod.* Debet autem tunc hæres cedere cohæredi actionem pro parte quam habet, *l.* 42. *in fin. h.* ut fit in aliis juribus incorporalibus individuis. Niſi uni nomen ſit prælegatum, quod in diviſionem venit, inſtitutâ fam. erc. actione, *l.* 4. *h. t. junct. l.* 1. §. *f. eod.* De præcipuis, Germanicè zum voraus/zum vor hinaus vid. Wehner. *obſ. pract. illo verbo*, Jacob Rick. *de un. prol. c.* 7. *n.* 24. Dn. Brunneman *ad l.* 18. *C. h. t.* Expenſæ nomine ſtudiorum huc non pertinent, niſi per occaſionem decantatæ *l. quæ pater* 50. *h. t.* cujus materia tractatur *Tit. de collat. bon.* Q. hic *an ſumptus ſtudiorum in filium à patre collati veniant in hoc judicium?* Quod negatur, ubi non conſtat patrem expendiſſe animo credendi,

d. l. 50.

*d.l.*50. Cum enim haud veniant in collationem, qui veniant in divisionem? Sed materiam ejusmodi tractare spectat, ut dixi *ad t. de collat. bon.* Interim adisis Do. Georg. Adam. Brunner *tr. eleg. de collat. bon. c.* 4. *n.* 14. *& mult. seqq.*

Quomodo jura, ejusmod. alia dividenda.

Divisionem non recipiunt) Ita si jurisdictio dividenda sit, fit illud per usum alternum, puta si *alternis temporibus quisque utatur*, vel uni cohæredum *commoditas* locetur, qui præstet *pensionem*, dividendam inter omnes. Ita Illustrissimi Duces Brunsv. & Lunæb. alternis annis utuntur Directorio seu Rectoratu Academiæ suæ Juliæ, alternis item temporibus jure Patronatus & conferendi Professiones. Eadem ratio in aliis est, etiam rebus corporalibus, quæ divisionem commodam non recipiunt, ubi interdum uni & alteri res adjudicatur, pretium reliquis rependenti, *l.* 22. §. 1. *h. t. l.* 20. §. 3. *l.* 55. *eod.* §. *ult. de offic. judic.* Quò pertinet Resp. Dn. Antecessorum Facult. Jurid. ad Phil. à Bültzingen/ Heigenrod. anno 1607. d. 10. Dec. verb. daß der Rittersitz und was dem anhängig/ weiter nicht als unter zwey zuvertheilen/ und der dritte davon ein Abtrit gegen billigmässige Erstattung zu nehmen schuldig sey. Wie dann solches de re communi, quæ divisionem commodè non recipit, aut magno cum damno & detrimento est dividenda, aut quando familiæ dignitas per hujusmodi divisionem minuitur, arg. eorum quæ tradit Schneidvv. *in act. fam. erc. n.* 37. *&* 38. *de act. & in act. comm. div. n.* 6. *Inst. eod.* die Rechte und derselben Lehrer verordnen und wollen. V. R. W.

An iterū agi possit hoc judicio.

N. VII. *Semel autem intentari*) Dist. rectius ita: Divisio vel est facta communi consensu cohæredum, sed extra judicium, & tum pro eo quod indivisum, adhuc actio hæc competit, *l.* 1. *C. h.* nisi intervenisset transactio. Vel facta est divisio judicialiter, & tum non competit denuo hoc judiciū, sed comm. divid. quia famil. ercisc. actio datur contra cohæredem, eo autem absoluto, à communione illa quæ jure hæreditario constitit, recessum fuit, indeque res in qua non sit indivisa, amplius non est hæreditatis, sed singularis, atque actione comm. divid. obtinebitur, *l.* 20. §. 4. *h. t.* Vid. Bachov. *ad Tr. disp.* 19. *thes.* 11. *B. in fin. & ad Wes. h. t.* Dn. Brunneman *ad l.* 1. *C. h. t.*

Divisio cum hærede putativo an retractetur.

N. VIII. Non pauca hic de effectu hujus judicii notanda sunt. 1 *Aut A. effectum ejus esse quod divisio nequeat retractari, nisi cum hærede putativo facta vel læsio ultra dimidium intervenerit.* Verum prima exceptio, propterea nulla est, quod ex causa judicati solutum non repetatur, nec retractetur quod sic actum, *l.* 1. *C. de cond. indeb.* §. *fin. de oblig. quæ ex q. cont.* Idemque probat textus all. *in l.* 36. *h. t.* Quamvis si cum admisso putativo hærede facta sit divisio extra judicium, retractationi locus esse queat: modo transactio non intervenerit, *d. l.* 36. *in fin. l.* 3. *C. de jur. & fact. error.* quæ rei judicatæ æquiparatur, *l.* 89. *de Usurp. & Usucap. arg. l.* 1. *C. h. t.* Videsis Modest. Pistor. 1. *cons.* 5. *q.* 1. Altera exceptio non quadrat, quod sententia judicis, prætextu læsionis non retractetur, nec beneficio, *l.* 2. *C. de rescind. vend.* locus sit contra rem judicatam, *arg. l.* 4. *C. de re jud. l.* 2. *C. sent. rescind. non poss. l.* 2. *quando provoc. non est necess.* Neque in contrarium urget *cit. l.* 38. *h. t.* manifestè concepta de divisione extrajudiciali, ob

An cum læsio intervenit.

quam læsione ultra dimidium interveniente agi potest, ut vel de novo fiat divisio, vel quod deest alteri suppleatur, *arg. d. l.* 2. quia hujusmodi divisio empt. venditioni æquivalet. *l.* 1. *C. comm. utr. jud.* Hincque & majori vel minori fratri læso, item si per sortem facta divisio, prædictum remedium competere indubitati juris est, nisi dividentes vel scivérint exactè valorem bonorum, vel divisio, ut dictum, facta sit judicialiter aut per modum transactionis. Conf. Modest. Pistor. 1. *cons.* 17. II. Rectè hic notat Bachov. discerni quidem posse in contr. realibus, *divisionem & divisionis placitum*, at non ita bene in consensualibus. *Quod si enim placeat venditori rem pro certo pretio vendere, eandemque placeat illo pretio emtori emere, non aliud videtur hic esse negotium, quàm ipsa emptio vend. nec nudum placitum emptionis.* Ideoque hinc maximè oritur actio, scil. ex illo contractu, qui probatur, & *l.* 55. *de oblig. & act. junct.* Gl. *& l. in venditionis C. de contr. empt.* III. Non convenire videtur quod subjicitur de actione *præscriptis verbis*, cujus actionis citatæ leges mentionem faciunt, & tamen divisio est quandoque vice emptionis, quæ hujusmodi actionem non parit. Nam rectè Bach. *in not.* divisionem dicit loco permutationis esse, quatenus hic agitur de rebus omnibus dividendis: *loco emptionis* autem, quatenus is cui tota res adjudicatur, tenetur alteri quid dare, remque, sic emere. *Et tali respectu producit divisio actionem præscriptis verbis*: quò etiam pertinet quod evictio præstanda, *l.* 7. *C. comm. utr. jud.* IV. Quod Autor *l.* 3. *C. comm. utr. jud.* restringit *ad inæqualitatem divisionis dimidium justæ æstimationis partem superantem*, sans dubium est, si putat ejus nomine quod infra dimidium, actionem nullam competere. Nam cum hic intercedat alienatio, æquum est ut nemo inde in aliquo saltem (multò minus ultra dimidium) lædatur, *arg. l.* 34. *h. t.* quia eo animo fit, ut quisque suam partem, quam aliàs pro indiviso habebat, nunc possideat pro diviso, *l.* 77. *pr. de leg.* 1. Unde etsi læsio non sit ultra dimidium, tamen actio competit ex divisione, ad emendationem: quæ manifesta est sententia *l.* 3. *C. comm. utr. jud.* & æquior, exigente hoc natura justitiæ commutativæ, & ne qui accepit fiat pluris usurpator: vide Perez *ad C. comm. utr. jud. n.* 4. Bachov. 1. *ad Treutl.* 19. *th.* 13. *C.* Dn. Lauterbach. *comm. ad t. hunc &c.* §. 1. *membr.* 24. Dn. Mev. *ad jus Lubecc. p.* 2. *t.* 2. *art.* 29. *n.* 13. *& seqq.* Matth. Berlich. 1. *dec.* 68. *n.* 28. Mod. Pistor. 1. *cons.* 17. Petr. de Ubald. *de duob. fratr. p.* 11. *n.* 119. Hob. Giphan. *in d. l.* 3. Do. Richter *dec.* 68. *n.* 28. Anton. Merenda 1. *contr.* 36. *n.* 8. inprimis de læsione infra dimidium in divisione loquentes. Dissentit Ludolph. Schrader *in cons. nomine Facult. Juridicæ Francofurtanæ conscripto* 50. *per tot.* Dn. Brunneman. *ad d. l.* 3. *C. comm. utr. judic.* Quod si læsio fuerit ultra dimidium, distinguendum est inter divisionem judicialē & extrajudicialem: ita ut in illa inæqualitas non emendetur, in hac verò maximè, *arg. l.* 2. *C. de resc. vendit.* Jung. not. *in pr. h. n.* Hieron. Schurff. 1. *cons.* 29. *n.* 9. Ant. Pinell *ad l.* 2. *C. de rescind. c.* 1. *n.* 1. Cæterum, an illud quod de Læsione infra dimidium corrigenda, ex *d. l.* statuimus, obtineat quoque in aliis contractibus, distinctè expositum memini in Dissertatione de Læsione ultra dimidium, habita anno 1664. *th.* 60. *& mult. seqq.*

Divisio & div. placitum ut differant.

Divisio inæqu. sit permut. vel empt.

Inæqualitas etiam infra dimidium corrigenda.

TITULUS III. C. 3. 37.

Communi dividundo.

1. Quare hæc actio.

COmmuni dividundo judicium ideo necessariū fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem, *l.* 1. *h. t.* Familiæ autem erciscundæ judicio, hæreditatis tantum

introducta, & quomodo differat à reliquis.

sit divisio, non aliarum rerum singularium, *l. 4. h. t.* quæ cum vel ex societate, vel citra ullam societatis affectionem alia ex causa possint inter aliquos esse communes, *l. 2. h. t. l. in fin. 31. cum l. seq. inf. pro socio vide Cujac. lib. 5. 6. 10* opus fuit judicio aliquo, quo res quomodocunque communes ad divisionem perducerentur: Nec enim quispiam invitus in societate communioneve est retinendus, *l. fin. C. eod. tit.* etiamsi pacto conventum fuerit, ne divisio unquam fiat, *l. in hoc judicium, 14. § pr. h. t.* Latius itaque patet, quod ad usum attinet, Communi dividundo judicium, quam familiæ erciscundæ: quia hoc inter solos hæredes de hæreditate datur, illud vero omnibus omnino qui rem aliquam habent communem: adeo ut & cohæredibus, ubi familiæ erciscundæ judicium deficit, dari soleat, *d. l. si filia §. familia & l. inter sup. tit. 1.*

2. Ex qua causa detur.

Datur autem ex causa Communionis, à qua petitur recedi, *l. 1. h. tit.* sive ex contractu societatis, sive alio modo, puta emptione, legato, donatione, & c. res sit communicata, *l. 2. h. t.* Et hactenus quidem realis est actio. Quatenus autem fructus perceptos, aut expensas factas, ceterasque personales præstationes respicit, personalis existit, daturque ex quasi contractu: quia neque ex contractu, nec ex maleficio sibi invicem obligati loci esse videntur. *§. item si inter. Instit. de oblig. et. quæ ex quasi contractu* unde liquet, hanc actionem Mixtã causam obtinere.

3. Quibus, contra quos detur.

Hæc directa competit solis dominis rei corporalis communis, *l. 4. h. t.* sive neuter, sive alter tantum eorum, sive uterque rem possideat, *l. pen. hoc tit.* & vel inter omnes, vel certos ex his, dividere desiderantes, hoc judicium accipi potest, *l. etsi 8. l. si quis 29. in fin. h. tit.* Utile autem judicium datur etiam utilibus dominis: ut qui fundos vectigales possident, *l. communi dividundo. 7. in prin. h. t.* qui publicianam habeat, *d. l. 7. h. t.* aut alia justa ex causa pro suo usurpãt, *d. l. 7. §. si duo sint. 4.* Inter prædones autem aut Precario vel Clam possidentes, aut colonos, locum non habet, *d. l. 7. § inter prædones. 2. & §. neque colonis. 6. h. t.* quia nullam obtinet justam possessionis suo nomine causam, sed aut injustè, aut alieno nomine possident. Datur & utile judicium iis qui jus incorporale, ut usumfructum, pignus, & consimilia jura habent inter se communia, *d. l. 7. § si duo 4. l. item. 10. § 1 l. arbor. 19. § fin. hoc tit.* Quia enim hæc veram divisionem non admittunt, *l. cum filius in prin. 76. de lega 2.* ideo utile tantum judicium datur: quo non ipsum jus incorporale (qui enim potest? vide Ias. in l. 2. & harum nu. 3. de verb. oblig. l. stipulationes. 72. ubi Bart. & Dd. eod. tit.) sed illa dividuntur, quæ en comprehensa, sub aspectum sectionemque cadunt, ut in ususfructu fructus, in pignore ususpignoris, &c. Nam si nihil insit, quod divisionem recipiat, ut in servitutibus, hac actione non agetur, *d. l. arbor § si per eundem 2.* Datur interdum etiam non dominis, ratione præstationum, quæ personales actiones sunt, neque rei cohærent, *l. item Labeo. 22. §. penult. sup. tit.* quoties videlicet res aut extincta est, aut communis esse desiit, *l. si quis putans 6 in prin. l. in summa. 11. hoc tit.* Sed & in hæredes transit, contraque cæteros successores, non tanquam hæredes, sed ut dominos & possessores: quo tamen in judicio etiam id veniet, quod defunctus percepit, *d. l. 4. § sicut. d. l. item.* Quibus autem datur hæc actio, contra eosdem dari certum est, cum duplex sit judicium, *l. 2. in fin. hoc tit.*

Sicuti porro ipsius rei Divisio venit in communi dividundo judicium, ita & Præstationes: ut si quis impensas fecit communi nomine (nam si proprio, retentionem tantum habet, *l. in hoc judicium 14. l. antepen. h. t.*) eas consequatur, *d. l. 4. §. sicut d. l. antepen.* dummodo partem suam administrare separatim non potuit: alioquin si potuit, negotiorum tantũ gestorum habet actionem, eaque tenetur, *l. si quis putans. 6. § 1 hoc t.* Sed etsi quis solus ex re communi fructus perceperit, hi in judicium venient, *d. l. 4. cum seq.* Idem si quid ab aliquo sociorum agi debuit, quod actum non est, aut dolo culpa ejus damnum in re communi sit datum, ejus habebitur ratio, *l. si is cum quo 20. l. 3. l. 8. §. 1. h. t.* Hæc autem omnia vel cumulatim in judicium veniunt, vel separatè. Nam de præstationibus agi potest, etiamsi res non petatur dividi, vel quod non placet a communione recedi, *d. l. 14. vers. quæ enim ita sint.* vel quia res communis esse desiit, aut extincta est, *d. l. 6. in prin.* Nisi tamen quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, omnino omnes res quæ actione comprehendi possunt, intelliguntur in judicium esse deductæ, *l. in judicium 13.*

4. Quomodo divisio facienda, & quale sit judicium.

Porro in divisione hic facienda, omnino eadem observanda erant, quæ in familiæ erciscundæ actione: *l. si quis putans 6. §. fin. d. l. arbor. 19. in fin. hoc titul.* Nam & hoc judicium perinde est bonæ fidei, *d. l. 4. § 2. d. l. in hoc judicium. 14. § 1* duplex, *l. 2. in fin. h. t.* & mixtum, *d. l. 4. §. sicut.* Unde judex omnes res, de quibus quidem actum erit, (nam ultra id quod in judicium est deductum, extendi potestas judicis nequit, *l. ut fundus 18. d. l. 4. §. hoc judicium*) dividere debebit, *d. l. 13.* aut mensura designatis unicuique certis regionibus, *l. communi 7 § cum de usufructu. 5. h. tit.* aut temporibus, *d. l. arbor in fin.* & in his quæ divisionem non recipiunt, ut animal, &c. totum corpus uni adjudicare: scilicet ei qui plus juris majoremve partem aut etiam affectionem probabilem in se habet: *l. sancimus 34. § 1. ubi Bald. C. de donat. idem Bald. in l. fin. C. com. de legat. Ias. in § quadam, num. 59. Inst. de actionib. l. ad officium. 3. C. com. divid. & glos. ops. in l. 2. ad verb. in sortium C. quand. & quib. quart. part. lib 10* eumque in partem æstimationis alteri, cui res adjudicata est, condemnare, *d. l. 6. § pen. l. 7. l. 10 cum simil. h. t.* aut ubi omnium jura æqualia sunt, sorti rem committere, *l. fin. ubi Dd. C. com. de leg. l. 2. quand. & quib. quart. part. lib. 10. Ias. in §. quadam. Inst. de act.* denique alia quacunque commodissima ratione divisionem facere: & si quid in his rebus communib. damni datum factumve sit, vel quid eo nomine aut absit alicui sociorum, aut supersit, ejus rationem habere, *d. l. 3.* una cum accessionibus & decessionibus omnibus, *d. l. 6. §. si quid post acceptum:* & denique in universum providere, ut omne commodum atque incommodum æquabiliter dividatur, nisi quid dolo, culpa, aut facto socii sit contractum, *d. l. si is cum quo 20. h. t.* Eademque omnia in divisionibus quoque rerum feudalium servanda esse, cum nihil specialiter inveniatur dispositum, *c. 1. de feud. cog. Cur. in prin. tract. feud. 3. & 4. quæst.* verius est. *And. Iser & Dd. in c. 1. § præterea ducatus. de prob. feud. alien. Chas. in consuet. Burg. tit. de feud. §. 6. in fi. num. 20. Tiraq. in tract. de jure prim. quæst. 4. n. 19.*

O B S E R V A T A.

Differentia act. comm. divid. & pro soc.

N. I. *Magis ad personales*) Actio communi divid. *principaliter* datur ad res singulares, quæ communes, dividendas, *l. pen. l. fin. C. h. t.* minus *principal. ad præstationes personales invicem pertinet*, *l. 1. h. junct. l. 14. §. 1. hic & l. pen. C. eod.* Pro socio autem ad has principaliter spectat, h. e. ut res ex societate acquisita communicetur, *l. 2. C. pro soc.* socius agnoscat partem damni, item fructus communicet, *l. 38. §. 1. ff. eod.* manente societate. Aliquando autem *& minus princip.* actio pro socio competit ad res dividendas, *l. 65. pr. pro soc. l. 2. C. h.* Quod cum ita se habeat, patet quod particula *magis* in *l. 1. h. t.* intelligenda sit *comparativè*, non electivè, contra quam sentit ibi Accurs. *Dari enim ad rerum communium divisionem, utrique judicio competit, ut & To admittere personales præstationes: sed uni magis competit, alteri minus.*

Causa h. act. quæ pers. dom.

N. II. *Mixtam causam*) Conf. Bach. *in not. h.* ubi genera mixtarum actionum rectè exponit; & Obs. *ad t. d. jud. n. 4. in f.* Causa h. act. quâ in rem, est *dominium rerum corporalium, singularum* (non universalitatis) communium, *directum* vel *plenum*. Ex æquitate *dominium utile, fictum, aliave justa causa pro suo usurpandi, l. 7. §. h.* nec non jus incorporale commune. Ex altero *directa* actio oritur, ex altero *utilis text. cit.*

Datur & non possidenti.

N. III. *Sive alter*) Datur etiam non possidenti, modò constet rem esse communem; quia cùm mixta sit actio, hoc de realibus participat, quod actor se fundet in jure in re constituto, licet non possideat, *arg. §. fin. de act.* Quod autem *de non dominis* subjicit A. intelligendum de actione *utili, quæ æquitatis causâ porrigitur & ad illos interdum qui amplius domini non sunt, sed recesserunt à communione, vel ubi res extincta.* Fortè, quia mixta hæc actio hactenus inclinat in personalem, nam, quà ut realis consideratur, sic dari non potest.

Quando ob impensas detur hæc actio Duæ regulæ.

N. IV. *Ut si quis impensas*) Citra judicia divisoria quæri solet, quâ actione impensæ repetantur? Dd. comm. faciunt duas regulas I. *Ubi quis gessit communiter, cum potuisset pro sua parte tantum* agere (h. e. cum potuisset partem suam separatam administrare) *competit non famil. ercisc. judicium, nec comm. divid. sed actio negot. gestor. per l. 20. C. fam. ercisc.* II. *Ubi quis communiter gessit, quod aliter non potuit, competit pro impensis actio fam. ercisc. vel comm. divid. l. 6. §. 2. h. t.*

N. V. *Sorti*) De sorte videantur Oldend. *class. 4. act. 22.*

Ubi de sorte agatur divisoria. *Est in sorte.*

act. 12. Joh. Jacob. Speidel. *in not. ad thes. pract. Besold. n.* 69. *verb.* Losen/sortiren. In jure Romano hujus partitionis modus receptus est in dividundo patrimonio communi & hæreditate, *l.* 4. § *fin. l.* 5. *h. t.* Et aliàs, plerumque in casu dubio res sorti committitur, *l.* 14. *in dic. l.* 24. §. 17. *de fideic. libert.* §. *optionis Inst. de legat.* atque illud, modò fraus absit, suâ natura *non esse judicium*, unde patet; quod expositio ad sortem *juris æqualis quod plures circa rem habent*, sit æqualis commutatio, (quoniam uni æquè ac alteri res potest obvenire) quæ justa est. Quod tamen juxta extraordinaria principia pro justo haberi cœpit, ut exitus rei dubiæ haberetur. Nec subest superstitio; cum enim res in se dubia sit, non injustum quoque erit exponere eam æqualis sortis incertitudini; Secus ergo est ubi alius dividendi modus haberi potest, vel est receptus; tunc enim divisio per sortem invito obtrudi non potest, ut quandiu ordinario remedio locus est, ad extraordinarium non est deveniendum, *l.* 16. *de minor.* Dn. Mev. *p.* 2. *decis.* 21. Vid. de tota materia divisionis bonorum Petr. Santz. *lib.* 1. & de sorte Filliuc. *d. tr.* 37. *c.* 3. *n.* 39. & *tr.* 24. *c.* 4. *n.* 96. & *aliquot seqq.*

TITULUS IV. C. 3. 42.

Ad exhibendum.

1. Affinitas hujus actionis cũ præcedentibus, & an cumuletur cum petitoria.

FInitima est divisioni Separatio, qua res unitæ, per divisionem quasdam disjunguntur à se invicem, & segregantur. Itaque cum dictum sit de iis judiciis, quibus res dividuntur: sequitur, ut nunc videamus de actione, qua rerum exhibitio, & in consequentiam exhibitionis separatio postulatur: nam & ipsa mixtam causam obtinet. Ea autem actio ad exhibendum ab effectu seu officio est appellata, cujus usus valde necessarius est & pene quotidianus, maximè propter vendicationes *l.* 1. *h. t.* Nec enim res præsertim mobiles, vendicari possunt nisi exhibeantur. Eoque receptum est, ut una cum rei vendicatione, hæc actio præparatoria cumulari possit, *gl. in l.* 1. *ad verb. necessaria h. t.* & *in l. verb. Institutus*, *de inter actio* Spec. *de judic.* §. *fin.* Bart. *in l. qui de inofficioso num.* 4. & 5. *de inoffic. testam.* *contra gl. in l.* 3. §. *est autem verb. actorem h. t.*

2. Quid sit exhibere, & ad exhibendum actio.

EXHIBERE est facere in publico potestatem, ut ei qui agere intendit, experiundi sit copia: *l.* 2. *h. t. l. fin. de verb. signif.* & propriè Exhibere, est extra secretum habere, *l.* 3 § *ait prætor. de lib. homin. ex.* Quantum autem ad hanc actionem attinet, exhibet is, qui in eadem causa præstat rem, in qua fuit, cum judicium acciperetur, *l. Julianus* 9 §. *quantum* 4 *h. t.* Quapropter actio ad Exhibendum, nihil aliud est quam actio personalis, in rem directa, qua petitur ut res exhibeatur, ejusque videndæ apprehendendæque copia actori fiat. Dico Personalem hanc esse actionem, ex authoritate Ulpiani, *l.* 3 § *est autem h. t.* Etenim cum Realis dici nequeat utpote qua non petat actor rem suam, aut jus aliquod in re sibi restitui, sequitur esse personalem: quia intendit reum aut facere, id est, Exhibere: aut Dare, quanti ea res erit, oportere: quod proprium est personalium actionum, § 1. *Instit. de act.* §. *actionum* 24 *infr. de act. & oblig.* Adde, quod ista rum exemplo oritur ex obligatione, non quidem ullius contractus, sed naturali, qua æquum est, vendicare rem suam volenti, eam indicare & exhibere: quod illi plurimum profuturum sit, nociturum nemini, *fac. l.* 2. §. *item Varus in fin. de aqua pluv. arcen.* Datur igitur hæc actio propter illam æquitatem ex Quasi contractu, quemadmodum actiones negotiorum gestorum, & quæ sociis extra contractum societatis competunt, § *item si inter Instit. de oblig. quæ ex quasi contra.* Dirigitur autem in Rem: quia nihil aliud quam res exhiberi petitur: quo fit, ut adversus quemlibet possessorem rectè intenteretur, *d. l.* 3 § *fin.* ut non immeritò mixtam causam obtinere videatur.

3. Cui, ex qua causa detur.

Porrò datur hæc actio, qui in rem acturus est, qualicunque actione, etiam pignoratitia, aut Serviana, aut Hypothecaria. Sed etsi quis usumfructum petiturus, aut interdicto Utrobi (quod de rebus mobilibus propositum est, *unde inf. uti possidet*) petiturus sei vem, & c. rem exhiberi desideret: aut noxali judicio acturus familiam postulet repræsentari, ut recensione servorum facta, noxium recognoscat, audietur, *d. l.* 3. §. *est autem* 1. *cum* § *sequenti.* Quare & qui personali actione rem condicturus est, meritò hac quoque actione viam sibi poterit munire, *ut in* §. *si tamen. Inst. de rer. divis.* sic generaliter sciendum est, non solum iis quos diximus, competere ad Exhibendum actionem, verum ei quoque, cujus aliquo modo interest exhiberi: adeo ut & plures ejusdem rei nomine ad exhibendum rectè agere possint, si plurium diversa ratione intersit *l.* 3. §. *Pomp.* 12. Judex igitur summatim, ut in præparatoriis translatitium est, *l.* 1. *C. ut in poss. legat.* debebit cognoscere an ejus intersit: id est, an probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desiderat, non autem an ejus res sit: & sic jubere vel exhiberi: vel non, prout e actoris interest, *d. l.* 3. § *secundum* 7. & *l. si mecum* 9. *pr. ff.* Utroque autem tempore interesse ejus qui ad exhibendum agit, oportet, & quo lis contestatur, & quo fit condemnatio, *d. l. signi* 7. § *fi. h. t.* & quidem interesse pecuniariter, *l. si liber* 13. *h. t.* aut ut alia saltem probabilis causa subsit, quamobrem exhibitio sit facienda *l. fi. h. t.* Nam & rei qui semel egit, non obstat Rei judicatæ exceptio, si ex nova causa interesse cœpit *l. de eod.* 12. *h. t.* Quod tamen non accipiendum est, cum dicitur, agere ad Exhibendum posse omnes quorum interest, quasi quomodocunque intersit, locus sit huic actioni. Quid enim, si quis petat rationes adversarii sibi exhiberi, quod magni id sua intersit, aut studiosus illos aut illos libros alienos, quibus lectis, doctior & melior sit futurus? an jus civile calumniabimur, & captatis verbis sententiam ejus circumveniemus? Minimè id quidem faciendum est, *l. pen. h. t.* Nam nec facultatum suarum rationes edere, & denudare fortunas, nec invitus suas alii opes communicare, quisquam cogendus est, *l. fin. C. de alim. pup. præst. l.* 2. *C. quan. & quib. quar. pars, &c. lib.* 10. Oportet igitur actoris ita interesse, ut jus aliquot habeat in re, & probabilem causam actionis, propter quam exhiberi desideret, *d. l.* 3. §. *si mecum* 9. *h. t. l. si quis ex argentarus* 6. *de eden.* Quòd si vel alia sufficiat actio, qua non quidem in Rem vel ad possessionem, sed ad Exhibendum rectè agatur, nihil causæ erit, quamobrem ista actio detur. Unde Pomponius apud Ulpianum *l.* 3. §. *si quis extra* 6 *h. t.* ait: Si quis extra hæredem (nam illi hæc datur actio, tanquam domino, *l.* 2. 3. *ff quemad. test. aper.*) tabulas testamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit: dicendum est, per hanc actionem agendum non esse, cum sufficiant interdicta in hanc rem prodita, videlicet de Tabulis exhibendis, *l. locum* 3. §. *solent.* §. *condemnatio de tabu. exhib.* Item, si liber homo detineri ab aliquo dicatur, de exhibendo potest quis habere interdictum: *tot. titul. de lib. hom. exhib.* ad exhibendum autem actio in eam rem inutilis videtur, quia hæc actio ei creditur, cujus pecuniariter interest, *d. l. si liber* 13. *h. t.* Pecuniariter autem propter liberum hominem interesse non potest, quia nullam ejus corpus recipit æstimationem, *l. liber homo* 13. *supra ad l. Aquil.* Illud tamen notandum est, quod cum neque huic actioni neque vendicationi, neque alii ordinariæ locus est, interdum æquitatem exhibitionis efficere, ut in Factum agi possit, *l.* 3 § *penul. l. Julianus* 9. § *Marcellus* 3. *h. t.*

4. Contra quos detur.

Porro adversus possessorem hac actione agitur, non solum cum qui Civiliter, sed etiam qui Naturaliter tantum incumbit possessioni, *d. l.* 5. § *fin.* Quare & creditorem qui rem pignori accepit, ad Exhibendum teneri placet: *l. servi nomine* 16 *de usucap.* & apud quem res deposita, vel cui locata est, aut commodata, *l.* 5. §. *fin. l.* 4 *h. t.* omnes qui facultatem exhibendi habent, *l.* 5. *in prin. l. signi* 7. *h. t.* cujuscunq; tandem sint conditionis, sive filiifamilias, sive patresfamilias, *l. de eo.* 12. *h. t.* sive unus, sive plures, *d. l. signi* 7. §. 2. Sed & hæredi contra viduam, quæ in domo mariti remãsit, datur, *l. hæres* 33. *de neg. gest.* Et usq; adeo possessio vel detentio rei, est fundamentũ hujus actionis à parte litigatoris conventi: ut si quis nõ possideat litis contestatæ tempore, postea autem ante sententiam possidere cœperit, condemnandus sit, nisi restituat: contra si quis, cum judicii accepti tempore possideret, postea sine Dolo malo possidere desierit, absolvatur. Nam quamvis est, ut, inquit Pomponius, *d. l. sign.* 7 § *si quis* 1. quod illi imputetur, cur non statim restituit, sed passus est litem secum contestari: tamen quia res non ab ipso tanquam aliena petatur, ut dici possit in mala fide vere possessor constitui, cumque non de restitutione, sed exhibitione facienda agatur, æquius est liberari eum qui citra suam culpam eo redactus est, ut exhibere non possit. Quin etiam si quis possideat, tamen si non habet restituendi facultatem, æquitas hujus judicii dabit absolutioni locum, *d. l.* 5. §. *fin.* Plane qui Dolo malo possidere desiit, cum pro possessore habeatur, ad exhibendum tenebitur, *d. l. Julianus* 9. *in prin.*

5. De quibus rebus.

Datur autem hæc actio de omnibus omnino rebus mobilibus, homine puta, servo, animali, & re qualibet inanimata, *l.* 1. § *fin. l.* 3. § 1. 6. *cum simil. h. t.* De reb. autem soli non datur, *l. ad rem mobilem* 56. *de procurat.* cum per se pateant, oculisque subjiciantur, sine ulla alia exhibitione: neque latere possint, ut alibi dicitur, *l.* 2. *C. quando quart. pars lib.* 10. Hoc est quod supra posuimus, volenti agere interdicto Utrobi, hanc dari actionem: non vero agenti interdicto Uti possidetis. Nam hoc ad res immobiles,

mobiles, *vide inf. ad tit. uti poss. & utrobi.* illud ad mobiles consequendas est proditum. Item, nec de Tigno ædibus injuncto datur hæc actio, quia lex XII. Tabular. solvi vetat, sed aliam actionem in Duplum de Tigno injuncto, domino indulget *l. gemma. 6. cum l. seq. hoc tit. & l. 1. de tig. injunct. vide quæ dixi in §. cum in suo solo. Inst. de rer. divis.*

6. *De officio judicis in hac actione.*

Proposita ergo actione, erit judicis summatim cognoscere, An agentis intersit, & causam agendo probabilem habeat, propter quam exhiberi desideras: *d. l. 3. §. secundum. 7. & §. si mecum 9.* exceptiones etiam æstimare, quas possessor objicit, ut si qua tam evidens sit, uti facilè repellat actionem, propter quam exhibitio postulatur, puta exceptio doli, transactionis, jurisjurandi, rei judicatæ, *c. 1. de confess. in 6.* &c. possessorem absolvat: sin obscurior, vel difficilioribus involuta sit disputationibus, differat, eamque rejiciat in doctum judicium, re exhiberi jussa. *d. l. 3. §. ibid. 11.* Quin etiam potest reum contumacem per in litem jusjurandum petitori condemnare, quantitate taxata, ad quam usque juretur. *d. l. 3. §. præterea. 2.*

7. *Quomodo exhibitio sit facienda, & quid in hanc actionem veniat: de specificatione, explicata difficultas.*

Rem autem ita exhiberi repræsentarique jubebit, ut vendicandi apprehendendique facultas actori fiat, *d. l. 2. h. t. l. fin. de verb. sign.* Quamobrem si fuerit alii materiæ adjuncta, ut gemma inclusa auro, sigillum candelabro, tu hoc exhibitio decernenda erit, ut excludatur. Item si rotam meam tuo vehiculo aptaveris, vel armario tuo meam tabulam, aut scypho ansam injunxeris, vel purpuram intertexueris vesti, aut brachium statuæ per applumbaturam coadunaveris: judicio ad exhibendum separare compelleris, ut mihi vendicandi fiat facultas, *d. l. 6. & 7. h. t.* Item si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, aut ex lanis vestimenta, cum sciret hæc aliena esse (nam si bona fide existimaverit suam esse materiam, ex ex suo nomine novam speciem fecisset, dominus ejus efficeretur, *l. 5. de rei vendic. §. cum ex aliena. Instit. de rer. divis. l. adeo. 7. §. cum quis. de acquir. dom.*) utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia hoc casu quod ex re nostra fit, nostrum esse, ex sententia Sabinianorum verius esse Ulpianus existimat. *l. adeo. 12. §. denique hoc tit.* Etenim iniquum videtur, domino sine suo facto dominium rei suæ auferri, & illud furi per contrectationem immutationemque rei in novam speciem acquiri. Quanquam in eo quod accessionis vice alteri accedit, propter præstantiam principalis materiæ, quæ planè regit & aufert respectum accessionis, non consideratur bona aut mala fides. *§. si tamen. §. cum in suo. Inst. de rer. divis. ubi exposui uberius.* Deinde & illud addendum, in eadem omnino causa rem esse exhibendam, in qua fuit cum judicium acciperetur. *l. Julianus 9. §. quoniam. hoc tit.* Proinde si lite jam contestata usucaptam exhibeas, non videtur exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit, nisi paratus sit repetito die actionem suscipere *d. §. quoniam.* Quin etiam si mutata forma exhibitio fiat, nihilominus tenebitur ad exhibendum, ut pristinæ formæ rem restituat *d. l. Julianus. §. si quis vi.* nam mutata forma, prope interimi substantiam rei, Marcellus scribit, ita ut res non possit dici eadem. Sanè si deterior tantum facta exhibeatur, ut equus debilitatus, quia eadem res exhibetur, & via ad vindicandum patefacta est, ad exhibendum quidem actione reus absolvitur: poterit tamen actor aut judicio Vendicationis, aut ex lege Aquilia de hoc damno, aut actione in Factum, ea deficiente, agere. *d. l. Julianus. § si quis rem. l. si quis hominem 17. h. t. . exhibitionem. C. eod. tit.* Planè cum omnia causa restituenda sit, partus quoque & fructus, omnesque utilitates quæ amissæ sunt, ob hoc, quod res non exhiberetur vel tardius exhibita est, æstimabuntur. *d. l. Julianus. §. fi. l. si optione 10. l. sed etsi hæreditas. 11. d. l. de eo. 12. §. si post. judicium. 5. h. t.* Ultimo sciendum, ibi rem exhibendam, Ubi fuit cum lis contestaretur: quamobrem si alio loco, quam ubi actum sit, existat, periculo impendiisque actoris perferenda est eo loci ubi agitur: nisi data opera & dolo malo translata à reo proponatur, *d. l. sed etsi hæred. 11. §. 1.*

OBSERVATA.

Ratio connex.

N. I. *Finitima*) Explicatior connexionis ratio est, quod tit. ad exhib. & omnes in *lib. seq.* actionibus realibus, quarum sedes est in hac parte secunda, *accedant*; vel ad earum præparationem, vel informationem, vel supplementum. Prioris generis est actio ad exhibendum. Et hæc *mixtam quoque causam* habet: sed quod verum est non ratione causæ efficientis, ut fam. ercisc. comm. divid. sed *ratione effectus*; (1) quod detur adversus possidentem, *l. 3. §. fin. h. t. junct. arg. l. 9. §. fin. quod met. causa.* quod proprium alias est actionis realis, *l. 25. de O. & A.* (2) quod regulariter actionis *in rem sit præparatoria*, per *l. 1. h. t.* Hoc itaque cum ex Autore manifesto pateat, injuriâ ejusdem sensum aliovorsum torquet Bachov. *in not.*

Quomodo actio mixtam causam habeat.

N. II. *Personalem*) Rectissimè demonstrat A. hanc actionem esse *personalem*, ex quatuor rationibus. *Illud autem magis dubium*, ex qua conventione illa obligatio oriatur. Et Noster quidem *mox dicit eam esse ex naturali æquitate, mox verò subjicit, descendere ex quasi contractu*, (quæ & sententia D. Perezii *C. h. n. 1.*) *in quo sibi manifesto contradicit.* Bachov. *in not.* ingenuè fatetur, *vix habere se quod dicat, & quomodo defendat actionem esse personalem, quæ ex nulla oriatur conventione.* Verius tamen est, eam non esse ex conventione aliqua sive facto externo contractus vel quasi contractus, sed immediatè ex naturali æquitate seu justitia benignâ proficisci, *arg. l. 3. §. 3. 9. 14. h. t. junct. arg. l. 1. & l. 10. de oblig. & A. l. 16. l. 16 §. 4. de fidejuss.* indeque nativa non est, sed dativa. Nec officit, quod hæc actio non solum causâ vindicandi detur, *l. 1. h.* sed & optandi, ex furto agendi, & in genere ubi interest, *l. 12. §. 2. l. 19. eod.* Nam propterea nec est ex jure in re, nec ex aliquo contractu, sed ex illa æquitate quâ detinens rem adstrictus est eam exhibere, *ll. supra cit.* Sic rectè nunc quoque Gerhard. Felmannus *tr. de jure in re & ad rem c. 8. n. 18. & 19.* Dissentiunt Dd. variè.

Est personalis.

Sed non ex facto externo alicujus contractus Sed immediatè ex æquit. nat.

N. III. *Personali actione*) Datur rei extantis nomine, ut illa *in publicum producatur, ejusque videndi tangendique facultas detur.* Hinc competit in primis actturo in rem: quando verò res quæ condicitur extat, tum & illi datur qui personali actione rem est condicturus, *l. fin. C. hoc. l. 27. de pign.* etiam in criminalibus, *per l. ult. ff. & l. 2. C. h. t.* Requiritur autem intersit *peculiariter, ut in l. 13. h.* habet lectio vulgata; vel, quod rectius sec. Florentinam, *peculiariter*, h. e. ut intersit agentis, ob peculiare jus in re vel ad rem. Quin datur etiam illis casibus ubi pecuniariter non interest, *arg. l. ult. hoc.* Non obstat, quod *d. l. 2.* servus petatur exhiberi qui noxam commisit, quum pretio æstimari queat, nec petatur hac actione servus ad criminaliter accusandum, ut vult post Accurs. *d. l. 2.* D. Perez. *n. 3.* Si enim servus potest accusari, *l. 12. §. 3. de accusat. l. 13. C. eod.* quidni & ad accusandum debeat exhiberi? cum & ad accusandum quilibet admittatur, ergo & ad exhibitionem quæ illius est medium, & ex qua videri possit an sit servus ille qui crimen commisit, an non?

Quom. detur ad act. person.

Explic. l. 13. h.

N. V. *De rebus autem soli non datur*) Videtur non incommodè dici, quod utiliter detur interdum hæc actio & de rebus immobilibus, *per l. 8. h. t.* vid. Petr. Fruder. *de mand. lib. 2. c. 50. n. 5.*

Est de reb. mobilib.

N. VI. *Proposita*) Hodie agi potest ad exhibendum per viam mandati compulsorialis, in qua pleraque veniunt quæ ex natura hujus actionis, modus tamen hic longè est expeditior, Frid. *d. c. 50. in fin.* Datur verò hæc actio in genere ne frustra judicium principale suscipiatur.

Mandatū compulsor. hodie expeditius.

* * *
* *

DIGESTORUM LIB. XI.

TITULUS I.

De Interrogationibus in Jure faciendis, & interrogatoriis actionibus.

1. Continuatio tituli.

QUIA paulò ante dictum est de actione ad Exhibendum, quæ viam munit actionibus in Rem: visum est juris compositoribus subnectere titul. de Interrogationibus in jure faciendis, quæ & ipsæ præparatoriæ sunt: nam reliquis realibus actionibus ancillantur: & ut actio ad exhibendum, ita & hæ vendicationibus, maximè petitioni hæreditatis, potissimum aditum patefaciunt: idque eo magis visum fuit opportunum, quod non longè a natura mixtorum, aut certè realium judiciorum, de quibus jam dictum est, absunt: quia neque ex contractu, nec delicto, sed ex facto & confessione hominis nascuntur: ut meritò in hanc secundam Pandectarum Partem, in qua de ejusmodi judiciis tractatio est instituta, sint relatæ.

2. Quare introducta sint interrogationes.

Prætor igitur Edictum de Interrogatoriis actionibus proposuit, quia sciebat, sæpenumero difficile esse probare aliquem hæredem aut possessorem, quicum agi aut rei vendicatione, aut petitione hæreditatis, aut simili actione reali, quæ in possessorem tantum directa est, *l. un. C. de a... jud. mutan. cau. §. 1. Inst. de actio.* rectè posset. Voluit igitur astringere eum qui convenitur, ex sua in judicio responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneraret: simul & illud erueretur, quo quisque jure ex testamento, an ab intestato, & quota ex parte hæres esset, *l. 2. 3. 4. h. t.* Qui igitur agere in Rem volebat, ut adversarium sua confessione constringeret, & ex ejus confessione certam impetraret efficacemque posset actionem, ejuscemodi interrogationes, Utrum possideret, & an pro hærede possideret adversarius, atque alias id genus, ante judicium cœptum in jure, id est, apud magistratum populi Romani, *l. 4. fin. h. t.* proponebat.

3. Mos interrogandi.

Quibus summatè cogatis, si ad instituendum judicium eas multum pertinere Prætor comperisset, adversarium respondere jubebat: *l. si sine interrogatione. 9. §. illud quær. tur. §. hoc tit.* qui quidem si confitebatur quod erat interrogatum, eamque confessionem jus & natura admittebant, quasi ex confesso erat obligatus: *l. de ætate. 11. §. qui interrogatus. 8. ... confessionib. 13. h. t.* & consequens actio fundabatur. Sin autem & falsò negabat, aut contumaciter in jure tacebat, eam mendacii contumaciæve ferebat pœnam, quod in solidum conveniebatur condemnabaturque: *d. l. de ætate. §. sed non est. 1. & qui tacuit 4. cum seq.* ex ea actione, cujus respectu interrogationes erant factæ: *d. l. confessionib. 13.*

4. Actionem interrogatoriam, qualitatis tantùm esse adjectitiam, non propriam actionis speciem.

Quæ actio quoniam in interrogationibus, responsione subsecuta, aut contumaciter non subsecuta, fundabatur, indidemque, vim probationis accipiebat, vocabatur Interrogatoria actio. *Duar. lib. disp. 1. c. 4:* quanquam aliquando & Confessoriam dici, quia ex confessione rei datur. sciamus, *l. pro... 25. ad l. Aquil.* Nam propter adjectam qualitatem aliud actionib. indi nomen, minime novum est: ut cum Arbitrariam, Noxalem, Rescissoriam actionem, &c dicimus.

5. De interrogationibus sublatis, & positionibus introductis.

Sed quia postea animadversum est, iniquum esse quenquam cogi de suo jure ante judicium respondere, *l. 1. §1. de pet. hæred. l. fin. C. de rei vend. c. 1. d. prob.* potiusque actorem domo afferre intentionem, & instructum venire oportere, quam à reo confessionem quasi gladium exigere: *l. nimis grave. 7. C. de test. l. 1. C. de ea.* ideo ætate etiam I. C. minus frequentari cœperunt interrogatoriæ actiones, tandemque in desuetudinem abierunt: *l. . tr. fin. h. t.* quamvis I. C. ordinem edicti secuti, hanc quoque ejus partem sint interpretati: maximè quod non omninò illo tempore interrogationes desiissent, sed minus frequentarentur. Sanè hodie id obtinet, ut interrogationes, sive ut nunc loquuntur, Positiones, lite demum contestata fiant; ad quas si fuerit jussu judicis responsum, reus ex confessione sua tenetur: *tot. tit. de conf. ff. e. l. & t. cod. tit. lib. 6.* sin autem contumaciter non fuerit responsum, reus aut pro negante habetur, si damnosa illi est negatio: aut pro confesso, si confessio illi damno futura est: *Spec. de posit. §. 9. num. 4. per jura ibi alleg.* ut jam non ad fundandam intentionem, instituendumque judicium, sed ad probationem tantummodo ea valeant, quæ ex confessione, adversarii apud judicem facta eliciuntur, *d. l. 1. in fin.* Et hæc jure communi obtinent. Cæterum apud nos Sax. non modò interrogationes, sed etiam hæ ipsæ positiones in usu esse desierunt: *Fach. lib. ... 48. & 49.* non etiam confessiones, sive expressim, sive tacitè, puta nihil respondendo, in judicio factæ, *vid. Jas. in l. patre. nu. 21. & 27. de his qu. sunt sui jur. & inf. de conf. ff.*

OBSERVATA.

Interrogationes quom. præparatoriæ actionum.

N. I. *Reliquis realibus ancillantur*) Præparatoriæ quoque ad agendum sunt *interrogationes in jure*. Et *actionis in rem*, quidem ut v. c. *compendio quodam* sciatur utrum adversarius possideat titulo *universali* an *singulari*; Difficile enim erat probare utrum quis hæres esset vel bonæ fidei possessor, cum animo adeatur hæreditas, *l. 2. l. 3. h. t.* Si titulo universali possidebatur, instruenda erat hæreditatis petitio; sin particulari, rei vindicatio. Si verò adversarius negabat se possidere, & tamen poterat convinci quod possideret, statim poterat peti immissio, vid. *l. 9. l. 36. l. fin. de Rei Vind. N. 18. c. 10.* Attamen dabatur hæc *actio interrogatoria* etiam pro personalibus actionibus, ut ex L. Aquilia de quadrupede, *l. 7. & seqq. h. t.* non actor plus petendo, aliquid damni sentiat. *l. 1. pr.* Diss. quoad actionem in rem Dn. Frantzk. *h. n. 4.*

Interrogatoria actio quid.

N. III. *Quasi ex confesso*) *Actio* enim hæc *interrogatoria*, aliis *confessoria*, est actio personalis, *quâ astringit se confitens suâ confessione seu responsione, seu promissione, quod velit ex illo quod respondit se conveniri*, jure equidem extraordinario, *l. 11. §. 9. h. t. l. 20. §. 1. cod. l. 11. C. de pet. hæred.* Non est itaque actio *quâ cogitur quis respondere*, ut nonnulli opinantur; *sed quâ oritur de facto aliquo, confessionis, taciturnitatis aut negationis*: quale factum non est ante interrogationem. Hæc ipsa tamen actio confessoria *differt ab actione in factum de confessis*, de qua in lib. 42. Illa enim est præparatoria judiciorum & pro fundanda principali actione competit, hæc pro actione principali sumenda, *arg. t. de re jud. l. 1. & t. t. de confessis.*

Alia ab actione in fact. de confessis.

Interrogatoria quæ hodie.

N. V. *Sanè hodie*) Cum interrogationibus quæ olim in jure fiebant, affinitatem habent, quæ hodie vocantur Interrogatoria, die Fragstücken/ item positiones. *Verùm utraque post litem cont. hodie obtinent, & ad eliciendam veritatem in puncto probatorio adhibentur.* Conf. Jacob. Menoch. *de arbitr. jud. q. c. 1. cas. 52.*

Quomodo cum int. conven. Positiones & Interr. pro testib.

Quod affinitatem dixi habere interrogatoria & positiones, ita intelligendum est, ut & sequentia ostendunt, quod in aliquibus conveniant, secundùm illud vulgatum: simile non est idem: quâ ratione & locus à comparatione valde est varius Philosopho, *præcipuè 2. Topic. 4. & 3. Top. 3.* Interrogatoria namque quæ proponi solent testibus, quorum tamen non meminit hic Autor, (sed interrogatoria cum positionibus hactenus pro iisdem habere videtur) in hoc concordant cum interrogationibus h. tituli, quod, ut actor

actor olim ante litem contestatam, ita nunc testes rei post eam interrogentur; quod equidem valde erat extraordinarium, cum actorem oporteat non ex domo rei petere, sive actiones suas, sive probationes, *l. 4. C. de edend.* Positiones per modum interrogationis quidem non concipiuntur, nihilominus tamen illud commune habent cum interrogationibus in jure faciendis, quod pars adversa ad illa respondere teneatur (saltim ex æquitate) & fiant ob confessionem adversarii de causæ meritis eliciendam: quæ secuta, maximè præstitis juramentis dandorum & respondendorum, actorem in punctis à reo confessis relevet deinceps ab onere probandi, quod per articulos probatorios producendos cum nominibus testium, aut per instrumenta alioquin totum erat subeundum. Et hinc positiones ad similitudinem interrogationum hujus tituli inventas esse & receptas, post Bart. Costal. & alios in *l. 1. h.* dilertè docet illico Umtonus *de process. d. 13. th. 1. n. 1.* atque extra controversiam est.

TITULUS II.

De quibus rebus ad eundem judicem eatur.

ILlud quoque ad superiorum judiciorum rationem rectè instituendam pertinet, scil. si inter plures Familiæ herciscundæ judicio agatur, & inter eosdem Communi dividendo, aut Finium regundorum quæstio postea gliscat, compendii gratia, & quo temporibus omnes lites transigantur, ejusque coheredes, aut alii ad quos causa pertinet, possint ad eundem omnes judicem, utpote jam antea de causa instructum, eundemque locum, ubi omnium præsentia fiat, esse mittendos, *l. 1. & 2. h. t.* Nec enim continentia causæ dividi debet: *l. nulli. ubi Jas. C. de jud.* & Frustra fit per plura, quod fieri potest per pauciora, *l. 1. quod met. caus. l. ampliorem. 39. §. in refutatoriis. C. de appellat. Vide Mynsing. obs. 4. cent. 1.*

O B S E R V A T A.

Pertinet h. t. ad informationem ob contin. causæ.

Continentia causa) *Diximus supra ad finem Tit. de judiciis, quod forum quinto loco fundetur ex continentia causarum, qua ita connexa, ut simul finiri debeant & propterea super illis idem judex adeundus.* Est enim cohærentia negotii in judicio disceptandi, quæ id separari non patitur, sed uno eodemque judicio vult terminari. Ideoque hic titulus pertinet ad judiciorum informationem.

Hujus rationes.

Introducta est continentia causarum præcipuè (1) *ne partes invita diversis in judiciis cogantur litigare,* (2) *ut eò facilius de causa cognoscatur,* (3) *propter l. 1. h. t. & pœnam, qua in eo qui dolosè dividit, est amissio causa, in aliis arbitraria; c. ex tenore, & c. fin. X. de rescriptis.*

Quotuplex ex sent. Mindani. Revocantur hæc ad 3 genera.

Dividitur à Petr. Frid. Mindano *de continent. caus. c. 2. n. 8.* in 12. capita, seu modos: Sed qui bene revocari possunt ad hosce tres generales. Nam I. dicuntur causæ continentes, *quando unum judicium alteri ita cohæret, ut vel praparet* (ut si possessorio agatur vel ad exhibendum, ut res vindicari possit) *vel explicet atque liquidum reddat*, ut quando agitur ex negotio plures actiones sese non consumentes producente, quo spectat actionum cumulatio, *l. 7. §. 1. de cont. furt.* ut si famil. ercisc. actum & postea agatur comm. divid. vel fini regund. II. Quando aliquid *incidit quod principale negotium ita afficit, ut ei prajudicare possit*, id vel *impediendo* vel *nullum reddendo*, vel post latam sententiam *exceptione rei judicata tollendo*; ut sunt actiones præjudiciales, de quibus rectè incidenter judex cognoscit, *l. pen. de nox. act. l. 3. C. de ord. judic.* III. Quando *actio & causa est generalis.* Quod fit *vel ratione personarum litigantium*, sed non nisi *reorum*, duorum saltem vel plurium diversis jurisdictionibus subjectorum, & eadem actione conveniendorum: *vel rerum controversarum*, ut si res de quibus controversia, sub diversis judicibus sitæ sint, & eadem actione petendæ. Vid. latè Mindan. *d. tr. c. 10. 11. & seqq* in quo tamen & hoc animadvertendum, quod ad causæ continentiam referat minus rectè quoque *praventionem & reconventionem.*

Non pertinet huc præventio nec reconventio.

Illa enim *ad citationis effectum* pertinens propterea facit locum eidem judicio, quod id ibi, ubi cœptum, finiri debeat, *l. ubi. de judic.* Hæc verò *ad forum contractus* referri potest; quod actor conveniendo *astringat se tacitè & quasi contrahat* cum judice conventionis; quoad reconventionem, *l. 14. C. de sent. interloc. omn. jud.* Et ex his patet *illa qua initiò hic attulit Autor. saltim exempli gratia proponi & continentiam causa esse latissimam.*

Quid hodie juris de caus. cont.

Cæterum etiamsi olim *necessitatis* esset ejusdem cumulatio, hodie tamen *in actoris arbitrio* existere utrum causas distinguere velit, docet Gail. 1. *obs.* 32. Sed quomodo jurisdictionem Cameræ fundet continentia causæ, videri potest nunc latè apud Jac. Blumen *proc. Cam. tit. 40.* Alioquin principium h. tit. sine dubio est extraordinarium, ut idem judex adeatur causâ litium minuendarum, ne judicium distrahatur, fiatque per plura, quod fieri potest per pauciora.

TITULUS III.

De Servo corrupto.

UT nihil omninò eorum judiciorum, quæ nec ex vero contractu, neque ex delicto ullo insigni existunt, prætermittatur, rectè juris compositores ad finem usque hujus libri reliquas quasdam hoc genus actiones, quæ mixtam quodammodo causam obtinent, persequuntur. Ac primo quidem de actione servi corrupti (quæ etiam ad corruptum filiumfam. pertinet, *l. ut non tantum, h. t.*) Edictum Prætoris hoc recensetur: QUI SERVUM, SERVAM, ALIENUM, ALIENAM, RECEPISSE, PERSUASISSEVE QUID EI DICETUR DOLO MALO, QUO EUM, EAM, DETERIOREM FACERET, IN EUM QUANTI EA RES ERIT, IN DUPLUM JUDICIUM DABO, *l. 1. in prin. h. t.* Quæ verba cùm per se clara sunt, tum à I. C. dilucidè hoc tit. explicantur, *l. 2. & tot. h t. Paul. lib. 1. tit. 12. & 13. & ibi Cujac.* Hoc autem edictum perpetuum esse, & inde dari actionem Civilem, cum qua concurrat tamen extraordinaria criminalis, ostendit *l. 5. de extraord. crim.*

OBSERVATA.

Ad supplementū act. de damno spectat.

Ut nihil) aptior *connexionis ratio* est, *quòd sequentes tituli, pertineant ad actionum præcedent. supplementum.* Et quidem *ad materia damni dati & actionis ex l. Aquil.* tit. de serv. corrupt. de fugit. & aleator. quia corrumpitur maximè servus si fugitivus recipiatur *l. 1. pr. de fugitiv.* si persuasus sit aleâ ludere, *l. 26. pr. de r. jur.* Seductores enim ejusmodi furantur q. mentem ei quem ita decipiunt, officiuntque bonis animi, *juxta Autorem Rhetor. ad Alex. Regem c. 2. vers. etenim.* Adeoque h. t. ex moralibus principiis dependet justitiæ particularis. Neque tamen hæ actiones mixtam causam habent, ut putat Wesenb. cum sint *merè personales.* Hæc de Servo corrupto duplex est, directa & utilis, *arg. l. 9. §. 11. h. t.* Illa datur soli domino & de Servo corrupto, in duplum, *l. 1. hic.* Hæc *& ob alias corruptelas & aliis competit*, *arg. d. l. 9. §. 1.* ut usufructuario servi, parenti de filiofamilias corrupto, *l. 14. §. 1. h.* marito de corrupta uxore, domino de famulo, subdito, datur & de studioso corrupto, virgine stuprata: vid. Schneidevv. *ad §. 23. n. 7. & seqq. de act.* Dn. Frantzk. *comm. h. t.* Atque hanc actionem esse *perpetuam* constat ex *l. 13. h. t.* Edictum autem ejus perpetuum nonnisi absurdè dicitur occasione, *l. 5. de extraord. crim.* quam rectè *in not. h.* explicat Bach. Neque etiam actio hujus edicti civilis est, sed *Prætoria*, per *l. 1. verb. judicium dab. h. t.* quamvis etiam, respectu ejus quæ criminaliter aliquando instituitur, alio sensu civilis dici possit, *in l. 5. de extr. crim. junct. l. ult. de furtis.* Quemadmodum verò factum corruptionis hoc edicto coercetur, ita etiam ne fiat, Mandatis de non corrumpendo servo (hodie illo qui proprius homo dicitur) rectè impetratur; *arg. l. 56. pro soc. l. 15. de cond. instit.* vid. Dn. Mev. *p. 3. dec.* 389.

Directa & utilis.

Perpetua.

Prætoria, actio sensu civili.

TITULUS IV. C. 6. 1.

De Fugitivis.

QUI fugitivum aut erronem servum apud se celat, cum furti se crimine obliget, *l. 1. in prin. h. t. l. non statim. ad l. Flav. de pla.* meritò in eum quoque actio ex S. C. est prodita. Senatus autem censuit, ne fugitivi admittantur in saltus, neve protegantur a villicis & procuratoribus possessorum: ac mulctam 100. solidorum in secus facientes statuit: de quo S. C. plurima hic apud Ulpianum *in d. l. 1.* Quanquam sint & aliæ actiones, quibus adversus ejuscemodi receptatores atque occultatores agatur, *l. §. 4. 5. ad l. Flav. de plagia. l. quicunque, & tot. tit. C. de ser. fugit.*

OBSERVATA.

Aliæ actiones) Si ad barbaros fugissent Servi, pœna erat pedis amputatio, *l. 3. C. h.* quia scil. eo deliquerant, *ad d. l.* Concurrit & actio L. Fabiæ de plagiariis, sed cumulativè, cum diversos habeant fines. Conf. Dn. Brunnem. & de remediis contra homines proprios Dn. Mevius *tr. peregregio* von dem Zustand/ Absoderung und verwiederter Absolge der Bauersleute zu welchen jemand Zuspruch zu haben vermeinet, *tot. cap.* 4.

TITULUS V. C. 3. 43.

De Aleatoribus.

1. *Quare alea prohibita.*

CUm deterrimum sit prodigalitatis instrumentum alea, qua complures per inconsultam temeritatem ad inopiam redacti, Deo maledicunt, & graviora facinora aggrediuntur. *l. fin. in prin. C. de relig. & sumpt. fun. & ubi latiss.* meritò & hoc providendum fuit, ne ludo tam noxio ulla ratione indulgeretur: sed potius, quoad ejus fieri posset, omnis ejus usus procul è finibus bene institutæ civitatis exterminaretur. Interest enim Reipubl. Ne quis re sua abutatur, *§. sed etiam, Inst. de his qui sunt sui vel al. jur.* Et quia receptatores occasionem adjumentumque præbent ejusmodi nequitiæ, rectè Prætor de iis hoc edictum proposuit: de his enim non de aleæ ludo, hoc in titulo edicitur. Nam id genus ludi erat lege aut S. C. prohibitum, ut Prætoris interdicto non fuerit opus. Horat. lib. 3. Carm.

Seu mavis vetita legibus alea.

2. *Prima pars edicti.*

Unde facilè intelligi potest, inscriptionem titul De aleat. & de aleæ lusu, in vulgatis exemplaribus mendosam esse.

3. *Secunda pars.*

Ait prætor: SI QUIS EUM, APUD QUEM ALEA LUSUM ESSE DICETUR, VERBERAVERIT, DAMNUMQUE EI DEDERIT, SIVE QUID EO TEMPORE DOMO EJUS SUBTRACTUM EST, JUDICIUM NON DABO. Prætor igitur in odium flagitiosi hospitii præbiti, susceptorem aleatorum verberatum, ac ubicunque & quandocunque occasione, tamen ludi, infortunio mulctatum non vindicat: adeò ut furtum domi ejus eo tempore quo luditur, impune fiat: quod tamen de actione Pœnali denegata intelligendum est, non quin possit ad exhibendum condicendumque rem furto sublatam agere. Idem quo jure Saxon penè receptum est: quo jure mulcta injuriarum aleatorib. nulla debetur. *Sax. lib. 3. art. 45.* Sed & graviorem pœnam, videlicet Publicationem domus, Justinian. postea in hunc statuit. *d. l. fi. in fin. C. de relig.*

De ipsis autem aleatoribus ita Prætor *cavet*: IN EUM QUI ALEÆ LUDENDÆ CAUSA VIM INTULERIT, UTI QUÆQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM. Hæc clausula pertinet ad animadversionem ejus qui compulit ludere, ut pro ratione facti aut mulctetur, aut in lautumias, id est, lapidicinas, vel in vincula publica detrudatur. Solent enim quidam & ad lusum cogere, vel ab initio, vel victi, dum retinent: *l. 1. in fin. l. 2. hoc tit.* & hæc quidem Prætor de aleatoribus.

4. *Senatusc. de prohibito alea ludo.*

S. C. autem, quod vim legis obtinet *l. non ambigitur de legib.* vetuit omnino in pecuniam ludere, aut sponsionem ejuscemodi lusus gratia facere. *Cic. Phil. 2.* Et si quid amissum solutumq; sit eo nomine, actionem ad repetendum præstat (quæ tamen condictio jure Saxon non datur, *Reinh. in alt parte, diff. 6 per art. 6. lib. 1.*) præterquam ubi certatur hasta, vel pilo, currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fit: quibus ea rebus etiam legib. exercendarum virium gratia, sponsionem facere licet, *l. 2. in fin. l. 3. h. t.* Justiniani tamen constitutione ad unum tantum alterumve usque solidum etiam in his ludere permissum est. Quod autem in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familia rectè ludit, *l. fin. h. tit.* Illud etiam sciendum, quod in ludo venditur, ad ejus evictionem non teneri venditorem: *Jas. in l. jurisgentium, 7. §. prætor num. 3 de pact. per l. fin. § 1. quar. rer non dat. act.* & moribus nostris quod ibi creditur, non habere exactionem: eum verò qui pœnam promittit, si deinceps luserit, ludendo ad pœnam obligari, *l. ex ea parte, 881. §. mulier. 1. ubi hoc Bart. notat. de verb. oblig.*

OBSERVATA.

Ludus quid.

N. I. *Ludo*) Hic nonnullis est *contractus, quo ludentes inter se paciscuntur, ut victori cedat quod uterque deposuit.* Verùm *contractus dici nequit nisi latissimè; neque semper in eo quid deponitur quod cedat victori.* Ideo commodiùs finiri potest, *actus* (est enim certamen, pugna, *arg. l. 2. §. 1. h. t. Aristot. 1. Rhet. 11. v. qui pertinent ad pugnas ineundas* (vid. Idem *d. l.* ad animi oblectationem pertinens, quo excluduntur ludi pœnæ) *quo luditur in victoriam, ut quæ cedat vincenti quod ejus causa depositum fuerit.* Sunt autem ludi alii in quibus *ars* prævalet, industria, dexteritas; alii in quibus *fortuna* seu casus magis vel solus dominatur. De his omnibus in genere Q. est, *An liciti sint, an illiciti?* Dist. inter jus naturale & positivum, Jure nat. *utrumque genus valet*, non quidem simpliciter, sed si *debitæ conditiones adsint*, (1) quia licita est animi oblectatio & recreatio: (2) ubi quid depositum quod cedat vincenti, perinde valet ut donatio rei propriæ, in alium sub conditione, sive illa ex fortuna, sive ex industria dependeat, collata, juxta principia à potentiis hominis & rerum proprietate desumpta, *arg. 1. Rhet. 5. l. 21. C. mand.* (3) etiamsi lucrum intendatur, nisi adjunctus sit animus nocendi. *Nec impedit, bona sic exponi ludo fortunæ, quia nec hoc per se illicitum, ut patet ex periculo sortis, sponsionis, assecurationis, ex emptione spectaculi retis &c.* Conditiones autem assignari solent 1. *ut ludens possit libere disponere de reb. suis 2. alter alterum per injuriam non pertraxerit ad ludum. 3. ne utantur fraudibus contra ludi leges. 4. ut æqualis sit utriusque ludentis conditio*: vide Johan. de Salas *tr. de ludo. dub. 2. 3. & seqq.*

Artis vel Fortunæ.

Liciti jure nat.

Sub certis conditio.

Jure civ. tantum qui virtutis causa fiunt.

Jure civili Rom. ludi alii permissi sunt, alii prohibiti. *Permissi* quicunque fiunt *virtutis & gloriæ* causâ, *l. 2. & 3. h. t.* qui ad V. genera revocantur *in l. 1. & 2. C. eod.* Sed nec sic ludere licet *nisi ditioribus, solido in singulos ludos, reliquis pecuniâ minori, d. l. 1. § ult. C. h. t.* Et in iisdem etiam ludis licet facere sponsiones, *l. 3 ff. eod.* Add. Besold. *th. pr. v.* spielen. Prohibiti sunt simpliciter ludi, *in quibus fortuna prævalet, sive magis sive sola, qui nomine Aleæ indigitantur.* Verum Alea *in genere omnem lusum denotat, qui casualem habet exitum*: in specie *tesserarum, talorum, chartarum pictarum, &c.* atque prohibentur.

Alia prohibita.

Ratio.

Ratio prohibitionis est 1. quod deterrimum sit prodigalitatis instrumentum, quo tota patrimonia perdi possunt, & furtis aliisque delictis perpetrandis occasio præbetur. 2. blasphemia in Deum, rixæ & lites hinc subinde ortæ *l. ult. C. h. t. N. 123. c. 10.* Conf. Paulus Franciscus Romanus *de Alea.*

Denegatio act. contra susceptores aleatorũ.

N. II. *De actione pœnali*) Prima pars Edicti susceptores aleatorum coercet, *Denegatione actionis ob injurias illatas.* Et rectè dicitur contra A. illis denegari non modò actionem *criminalem sed & civilem.* per *l. 1. §. 3. h. t. Nec tamen video qui hoc nomine negligentiam Autori rectè imputet hic Bachov. Habuit enim Wesenb. ut & ex multis aliis locis constat, exemplar vulgatæ editionis; nam aliter hic legitur in editione Florentina. Ratio autem hujus est in generalitate edicti, quod actio simpliciter denegetur.* Fitque hoc juxta principia justi extraordinaria, ob rei vilitatem s. exiguitatem, cujusmodi etiam est alea & aleæ lusus, res vilis & turpis, indignior quàm ut SS. justitia ei debeat accommodari, licet disputet contra Prætorem adhuc Ant. Matth. *de criminib. in prolog. c. 3. n. ult.* Usus practicus horum patet ex Responso Facultatis dato Georgio à Bodingen anno 1616. d. 3. Dec. verbis: daß der Gefangener die von Klägern Michel Bencken ihm im Spiel gewonnene eilff Thaler von rechtswegen nicht fodern noch ihm dieselbe anrechnen kan. Quodque præter criminalem, civilis quoque actio denegetur, iis apud quos alea lusum, sicubi damna ipsis aut injuriæ illatæ fuerint, egregiè confirmarunt iidem Facult. Antecessores, responso ad Senatum Wanslebiensem verb. Im fall aber dieser Tumult und Schlägerey/ wegen des biß in die späte Nacht getriebenen Kartenspiels entstanden/ seind Beklagte die zerbrochene Thür/ Fenster und Ofen zubezahlen im Rechte nicht verbunden/ noch dieselbe als Haußfriedbrechere zubestraffen. R. R. W.

Condictio pro repetione perditorũ in alea.

N. IV. *Actionem ad repetendum*) Est hæc condictio *ex l. fin. C. h. t.* & datur illi qui ludo quid perdidit aut solvit, vel hæredibus, ex omni ludo, etiam illis qui habentur *in d. l. fin.* (quia hodie non sunt in usu) contra victorem aut hæredes, ad reddendum soluta. Et cum hæc actio, quæ & 50. annos durat, *d. l. fin.* multa habeat singularia, quando & patri, patrono atque fisco datur repetitio, planè extra ordinem, non mirum est eam competere etiam, contra communem alias juris regulam, quâ, *ubi utriusque est turpitudo, condictio dari non solet, sed potior esse ratio possidentis.* Limitantur tamen hæc in ludis permissis, si non esset lusum ultra solidum, si ludatur de iis quæ in convivio vescendi causa proponuntur, *d. l. fin.* Ceterum de eo *quod in ludo venditur*, videtis Jul. Clar. *recept. sentent. lib. 5. §. ludus. n. 1. & seqq.* Porrò quod dicit A. *exactionem haud esse ejus quod in ludo creditur*, intelligendum est de ludis *illicitis* & de collusoribus: nam qui non collusit, pecuniam lusori mutuatam condicere non prohibetur: conf. Clar. *d. l.* prohibitæ autem exactionis eadem ratio est quæ prohibitæ actionis *n. 2.* Denique verum est quod in f. h. subjicitur, de non ludendo aliquem ad pœnam obligari posse, quia astringi quis potest pœna promissa, maleficium ne fiat, *arg. tit. l. 121. §. 1. ubi & Giphan. de V. O.* quamvis stipulantis non intersit si alter ludat.

Limitatio.

Natura ejus act. accuratius examinatur.

Etiamsi verò hæc ita sese habeant, tamen principia dictæ actionis *ex l. f. C. h.* accuratius nonnihil pensitanti mihi distinctio occurrit, inter *facultatem victi, de non solvendo quod ipse ludo tali perdidit, & inter obligationem restituendi lucri quoad victorem, si illi ex ludo prohibito, solutum.* Et quamvis victus jure nat. solvere teneatur, cum ludus non sit prohibitus; jure tamen positivo secus est; *quod nulla possit esse ad solvendum obligatio, cui ad soluti restitutionem actio, & exinde parata quoque est exceptio, arg. l. 199. de R. J.* Victor quod solutum accepit lucrum jure nat. retinere potest: Etiam jure civili, sed hoc *donec victus repetat*: licet credito lusum fuerit; *quia ludus injustus est, & jure positivo tantum præcipitur restitutio in judicio, per sententiam, actus verò ipso jure irritus* non est, *sæpe d. l. f. C. h. t.* Neque mirum, quòd jus positivum diversimodè de ludis hisce potuerit statuere; *licet enim juri nat. non repugnent, tamen eodem nec præcipiuntur, etiam indifferentes sunt valdè quoad species suas & ratione circumstantiarum*, seu conditionum. Atque his fundamentis subnixa est Ordin. Politica Ducatus Lüneburg. c. 40. cujus verba huc transcribi expendique merentur: Dñn machen zwar die Rechte einen klaren Unterscheid *inter ludos honestos, aut artes, qui virtutis & ingenii excitandi, vel exercendi causâ, & eos, qui quasi in ac lucri causa instituuntur*, also/ daß die ersten Spiele nicht weniger/ als *honestæ sponsiones, so extra causam ludi* geschehen/ zugelassen/ die andern aber verbotten: Wir statuiren/ und ordnen gleichwol/ auß bewegenden Ursachen/ daß alle

An victus teneatur solvere quod perdidit.

An victor restituere teneatur lucrum sibi solutũ.

Diversimodè de ludis potest constitui, & quare.

Constit. Duc. Lun.

ludi fortunæ, und *mixti*, als da seynd Bret-Karten-spiele/ und dergleichen/ keinem unter 20. Jahren zuverstatten; den jenigen aber so über 20. Jahr alt seyn/ so weit nachgelassen/ wan sie sich deren mit gebührender *moderation*, und ohn versäumnüß des Gottesdienstes/ auch ihrer Nahrung/ nur gar selten/ zu einer *recreation*, oder *causa convivii*, umb ein liederliches Geld/ zu einer Mahlzeit / und ehrlichen Zusammenkunfft/ gebrauchen. Jedoch daß kein Bürger über einer Thaler/ kein Handwercksmann über einen halben Thaler/ und kein Bawer über einen Ort des Thalers verspiele. Es sollen auch die Wirte/ die jenigen/ so bey ihnen ligen/ und nichts anders/ als täglich mit Karten/ und sonsten spielen/ auch andere/ zu ihrem Verderb/ deßwegen an sich ziehen/ über acht Tage bey sich nicht gedulden/ sondern es der Obrigkeit anmelden. Wer darwieder handelt/ der soll 5. Reichsthaler Straffe geben/ oder da er solches zu thun nicht in Vermögen hat/ 2. Tage/ und 2. Nacht/ mit der Gefängnüß gestraffet/ auch darzu auff den übrigen Gewin/ oder die Zehrung nicht erkand/ oder da es bahr bezahlet / alles wider heraußer gegeben werden. Cæterum Sponsio quæ ludo affinis, & qua de A. *h. n.* 4. denotat 1. quamcunque promissionem, *l. 1. de legib. l. 6. §. 12. de pact. l. 7. de V. S.* 2. restringitur ad certamen quod fit spondendo, Germ. Wettung. Quomodo est *actus contendentium de veritate aut eventu alicujus rei, ut victus pendat aliquid & solvat, victori.* Plerique per contractum definiunt, nonnulli per conventionem. Sed aliud est ipsa sponsio, aliud conventio s. pactum, per quod perficitur. *Jure naturæ* ex iisdem rationibus *licita* est, quibus supra ludos probavimus, Jure Rom. sponsionis mentio fit in *l. 3. h. l. 126. de V. O. l. 17. §. f. de præscr. verb.* Et valet, ubi facta *de reb. honestis*, sive in ludis, *arg. l. 3. h.* sive extra, *d. l. 17. §. f.* undecunque ejus causa dependeat, *l. 63. l. 99. l. 129. de V. O.* de quocunque tempore sit, *arg. l. 37. de reb. cred. l. 39. de jurejur.* sive interfit spondentium, sive non. Contra *de illicitis*, sive ludis sive de aliis rebus nulla est, *arg. l. 123. de V. O.* Perficitur *per conventionem* eamque vel *nudam*, vel *non nudam*. Priori modo per pactum, posteriori per contractum nominatum stipulationis, *arg. l. 24. de cond. & dem. l. 57. de V. O.* vel innominatum, ut cum v. c. uterque spondentium apud tertium aliquem, futurum arbitrum sponsionis, rem aliquam deponit, ut is tradat ei qui victor extiterit. Et hinc, pacto interposito, ex eo hodie est *condictio moribus*: ubi stipulatio intervenit, *actio ex stipulatu*: ubi depositio pignoris, actio *præscriptis verbis*, *arg. l. 17. §. f. de præscr. verb.* Adi totam materiam præ reliquis pertractantes Stracham *de sponsionibus* & Santerman *de assecurat. p. 2.* Add. Wehner. *obs. pr. verb.* wetten. Besold. *th. pr. v.* wette *n. 44.* Thom. Herbai *rer. quotid. c. 1. & 2.* & novissimè Joh. Gryphiandrum *Oecon. legal. l. 2. c. 13 à n. 29. ad 51. & de sponsionibus ad n. 66.* Dn. Brunneman *ad l. 3. C. h. t.*

Sponsio ambig.

Quid

Jure nat. licita.

Jure posit. dist.

Quomodo perficiatur jur.

Quæ inde actiones.

TITULUS VI.

Si Mensor falsum modum dixerit.

1. *Ratio hujus edicti, & quis dicatur mensor.*

ADversus mensorem agrorum quem finitorem Cic. *4. l. Agrar.* & Plaut. *in Poenulo*, vocant, Prætor in Factum Actionem proposuit, a quo falli nos non oportet. Nam interest nostra, ne decipiamur ejusmodi renunciatione, si forte vel de finibus contentio sit, vel emptor scire velit, aut venditor, cujusmodi ager veneat: quo nomine in duplum erat olim ex mendacio actio. *Paul. lib. 1. tit. 18. & lib. 2. tit. 17.* Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter tales personas locationem & conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi: & id quod datur ei, ad remunerandum potius quam vice mercedis, quæ ex locato debetur, dari: utpote cum absque ulla conventione & incerta quantitate, alias plus, alias minus dari soleat: unde & Honorarium appellatur: quia honorandi magis causa, quam ex certo ullo contractu, aut ad certam mercedis quantitatem datur. Si autem ex locato & conducto fuerit actum, dicendum erit, non tenere intentionem, *l. 1. in prin. h. t.* Nam actio locati datur ex contractu, in quo de certa mercede convenit, *l. 2. locat. l. 1. §. si quis servum depos.* At hic sine certæ mercedis conventione officium mensurandi, cum quadam salarii atque honorarii spe præstatur, ut inde ex locato agi nullo modo possit, *§ fin. inst. de locat. & condu.*

2. *Ex qua causa hæc actio detur*

Hæc actio Dolum malum mensoris exigit: aut latam culpam, quæ dolo malo comparatur, *d. l. 1. §. 1.* Visum est enim abunde coerceri mensorem, si dolus tantum malus puniretur ejus hominis, qui nullo ex contractu jure civili obligatus esset: ut quantum ad ejus fieri potest, officium liberaliter præstitum minimè sit ei damnosum, *l. sed si quis. 1. quemadm. test. aper.* Nam & in aliis contractibus usurpari videmus, ut ad quem nulla ejus contractus utilitas redundat, tantummodò dolum præstet: quemadmodum est in deposito, *l. si certo. § nunc videndum inf. commod.* Neque in contrarium urget, quod ob mercedem aliquando mensor operam præbeat. Etsi enim ea spe accedere ad mensurandum potest: tamen quia ab initio nulla fit super mercede pactio, intelligitur gratuito præstari officium: sicuti & mandatum gratuitum est, quamvis postea remunerandi gratia honor interveniat, *l. si remunerandi. 6. inf. mand.* Semper enim initium contractus est inspiciendum *l. si procur. 8. in prin. mand.* Quamobrem si imperitè aut negligenter mensor versatus fit, securus erit, eique imputabitur qui illum adhibuit, *d. l. 1. h. t.* Datur igitur hæc actio ex falsa renunciatione quæ dolo malo facta est: nam renunciatum esse oportet quoquo modo, *l. 1. in fin. l. 2. l. 5. h. t.*

3. *Cui detur.*

Competit autem ei cujus interfuit falsum modum renunciatum non esse; ut emptori, venditori, litigatori, qui damnum propter falsam mensuræ renunciationem passus est, *l. 3. §. 1. hoc t.* Datur & hæredibus: *d. l. 3 §. fi.* quia hæc actio Rem persequitur, & ex Negotio descendit: unde & perpetua est, *l. 4. hoc tit.*

4. *Adversus quem.*

Adversus autem mensorem agrorum intenditur, qui falsum modum mensuramve renunciavit, sive unum, sive plures, & quidem in solidum: quia dolus omnes in solidum obligat, unâ tamen solutione actio adversus omnes tollitur: *d. l. 3. in prin.* etenim in id quod interest agitur: quod ubi semel receptum est, bona fides non patitur amplius idem exigi, *l. bona fides, 57. de reg. jur* Et quamvis de solo mensore agrorum verba Edicti agant, tamen latius id porrexit Prætor. Nam etsi cujusvis alterius rei mensuram falsam renunciasse dicetur, hæc actio, & quidem Directa competet: quia hæc interpretatio non aliunde, sed ex ipsa prætoris authoritate venit: eoque prætæque directam præstet actionem, atque ipsum edictum. Proinde si in ædificiis locosura fefellit, vel frumenti, vel vini, vel cujusvis alterius rei, sive de itineris latitudine, sive de servitute immittendi, projiciendive quæratur, sive aream, vel tignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit, tenebitur, *l. 5. in fin. l. 6. 7 h. t.* Sed & utilem actionem ex edicti interpretatione I. C. (qui cùm juris condendi potestatem non habeant, directas actiones, quas lex aut edictum non dat, dare nequeunt) præbent *d. l. 5. in vers. sed nec utilem, &c.* in eum qui mensor non fuit, fefellit tamen in modo. Ut si architectus Dolo malo in lineamentorum ductu, & ordinatione structuræ decepit: aut redemptor, qui opus alteri suis cementis ædificat, *l. redemptores 39. de rei vendic.* in modo: aut tabellarius, in computatione, *l. fi. hoc tit.* Nam mensorem machinarium, qui machinula formas quadratas aut trigonas designans, earumque latera demetiens, spatium areæ colligit, *Budæus hic*, cum verus sit mensor, directo judicio conveniri rectè puto. *d. l. fi. in prin.* Porrò in hæredem similesque personas hanc actionem, quæ ex parte rei conventi pœnalis est, & ex delicto nempe dolo oritur, denegari Ulpianus ex authoritate Pomponii scribit. *d. l. 3. §. fi. h. t.*

5. *Ad quod detur.*

Venit in hanc, id quod interest agentis, falsum modum non esse renunciatum. Unde si alia civili actione, ut ex empto,

pto, quis damnum sibi factum per falsam renunciationem resarcire potest, cum nihil ejus intersit, cessabit hæc actio. Nam generaliter Extraordinaria remedia, ubi sufficit ordinarium, dari non solent, *l. in causa in prin. de min.*

6. *Affines actiones.*

Affinis autem huic actioni est Querela seu imploratio officii judicis, qua mensorum, aut æstimatorum, aut aliorum omnium qui ex peritia artis suæ judicant, judicium, mensura, taxatio, sententia impugnatur: sicuti perpetuo impugnari, & demonstrata imperitia retractari potest, quando nunquam transeat in rem judicatam, *Jas. post. Alex. in l. arbitro n. 10 qui satisd. cogan. Imol. in c. quinta vallis. num. 30 de jurejur. Maran tract. judic. cap. de appell. num. 108.* Item actio de Dolo, quæ datur in apparitores Prætoris, qui extra ordinem sententiam exequentes, rem vilioni pretio fraudulenter projecerunt, *l. si pignora. 50. de evictio.*

OBSERVATA.

Ad supplement. t. fin. leg. est. actio h. t.

N. I. *Adversus mensorem)* *Datur hæc actio in factum prætoria* ad supplementum actionis finium regundorum, & communi dividundo, *arg. l. 1. pr. h. t. & si exactè velimus loqui*, non est *ex contractu* aliquo *sed ex delicto*, quamvis fluctuet hic Bachov. eam quasi mixtam asserens. Ratio mihi est 1. quia datur ex falsa & dolosa renuntiatione, *l. 1. §. 1. h. t.* mensoris qui cum auctoritate judicis intervenit, à quo utpote publicâ ferè personâ, non falli in modi renuntiatione, nostra interest, *d. l. 1. 2.* etiam contra eum, qui à judice saltem adhibitus est, & cum quo de renuntiando nihil convenit, *l. 3. §. 4. h.* 3. quia non datur in hæredes, *l. 3. §. pen. h. t. junct. arg. l. 49. de O. & A.* 4. quia agrimensor civiliter non est obligatus, *l. 1. §. 1. eod.* Atque ita rectè statuit Glos. *in l. 4. h. t.* Et hinc quoque patet, cur dicatur non dari in hæredes *in d. l. 3. §. pen. h.* quia scil. ex delicto est; *quamvis hæredibus detur & sit perpetua, scilicet ratione suscepti negotii renuntiationis*, *quod quoad* intentionem

Quæ ex delicto.

& originaliter, dumque qui q. publica persona renunciat, mino non est delictum, *sed tum fit, si quis* ex suscepto (renuntiatione) damnum *verè passus est, d. l. 4. h. t.* Neque hoc est novum, quia quædam hominis actiones sunt delicta ex se & sui natura, quædam verò ex post facto, ut in contractibus ex quo damnum intervenit.

N. IV. *Proinde)* *Directa actio ex edicto competit* contra mensorem, *& quidem* ratione *originis* seu *introductionis*, ex falsa renuntiatione agrorum, *l. 1. §. pr. h. t.* ratione extensionis *pro falsa mensura etiam aliarum rerum l. 5. §. 2. l. 6. 7. h. t.* Utilis (1) *contra eum* qui in modo fefellit cum non esset mensor, *l. 7. §. 2. h.* (2) *contra æstimatores* ædium aut quoscunque alios rei alicujus taxatores ejus peritiam profitentes, *arg. d. l. 7. §. 2.* Promanat autem hæc actio ex principiis externis quæ foris assumuntur ab agri mensoribus, artificibus.

Directa.

Utilis.

TITULUS VII. C. 3. 44.

De Religiosis & sumptibus funerum, & ut funus ducere liceat.

1. *Edictum de religiosis.*

HActenus dictum est de vindicatione & actionibus rerum quæ sunt humani juris: nunc proponuntur Edicta duo, quæ ad res religiosas & Divini juris tectas latasque conservandas pertinent: atque ad eundem mixtarum actionum ordinem merito rediguntur. De religiosis rebus ita prætor edixit: SIVE HOMO MORTUUS, OSSAVE HOMINIS MORTUI IN LOCUM PURUM ALTERIUS, AUT IN ID SEPULCHRUM IN QUO JUS NON FUERIT, ILLATA ESSE DICENTUR: QUI HOC FECERIT, IN FACTUM ACTIONE TENETUR, ET PŒNÆ PECUNIARIÆ SUBJICIETUR. *l. 2. §. prætor h. t.* Si homo, inquit, mortuus, ossave: videlicet præcipua aut principalia membra, ut caput. *l. cum in diversis. 44. h. t.*

2. *De quo loco agat edictum: & quis sit purus locus, aut religiosus.*

Quod dicitur de loco, intelligendum est de eo, qui est extra pomerium oppidi. Nam & lege XII Tabularum, & rescriptis Principum prohibitum est in civitatibus sepeliri, non obstante etiam consuetudine municipali. *l. 3. §. divus de sepulch. viola.* PURUS locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus, neque religiosus est, sed ab omnibus ejuscemodi nominibus vacat. *l. 2. §. prat. vers. purus h. t.*

3. *Quid sit sepulchrum, quid monumentum.*

SEPULCHRUM est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Ut autem Celsus ait, non totus qui sepulturæ destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est. A sepulchro autem MONUMENTUM distat: quia quicquid memoriæ servandæ gratia extruitur, monumentum dicitur: *d. §. prætor vers. monumentum.* in quod si corpus inferatur, fiet sepulchrum: *l. monumentum 42. h. tit.* quanquam monumentum sepulchri etiam id dicitur, quod loci, in quo corpus impositum est, muniendi causa fit: *l. funeris. 37. in fin. h. t.* Illa verba: ILLATA ESSE DICENTUR, de ea illatione accipienda sunt, quæ fit sepulturæ causa *d. § prætor vers. de illa.*

4. *Qualis ex edicto detur actio, cui, contra quem, & ad quod.*

Actio hæc in Factum, personalis est, quæ datur ex facto ejus qui contra jus locum alienum religiosum facere multiur: condemnetque illud, Ut aut is qui intulit, tollat quod est illatum, Aut loci precium præstet. *l. is qui intulit. 7. hoc tit.* Unde cum actio sit Rei persecutoria, perpetua est, & hæredi, inque hæredem competit, *d. l. 7.* Merito autem actio in eam rem prodita est: nam propria authoritate corpus aut ossa ab alio in suum fundum illata, nemo debet propter reverentiam manium, & quia corpus, rectè sepultum non est inquietandum, effodere vel transportare. *l. ossa 8. l. divi 39. h. t.* quamvis in aliis rebus profanis id concedatur, *l. quemadmodum 29. ad l. Aquil.*

5. *Quæ actio detur & qui prohibitus est funus ducere.*

Contra autem ei qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei jus inferendi esset, in Factum actio competit: per quam consequatur, quanti ejus interfuit, prohibitum non esse: *d. l. ossa. in fin. cum ll. seqq.* quo respiciunt illa ultima verba inscriptionis hujus tituli: ET UT FUNUS DUCERE LICEAT: eoque pertinet Ulpiani responsum, *in l. ne corpora. 38. h. t.* cum ait: Officium esse præsidis, providere ne corpora aut ossa mortuorum detineantur, neve quis prohibeatur, quo minus via publica cadaver transferre aut sepelire possit. Quare ne quidem ob æs alienum inhiberi sepulturam, & arrestari cadaver posse dicendum est, *§. hæc autem Auth. ut cum de appellat. cognos. in Auth. ut def. seu corp. eor. l. cum sit injustum. de sepulchr. viol. Covar. var. resol. lib. 2. c. 1. num. 10.*

6. *Edictum de sumptibus funerum: & quæ, cui, adversus quem, ad quid actio inde detur.*

De secunda autem hujus tituli parte, nempe de Sumptibus funerum, Prætor ita cavit: QUOD FUNERIS CAUSA SUMPTUS FACTUM ERIT, EJUS RECUPERANDI NOMINE IN EUM, AD QUEM EA RES PERTINET JUDICIUM DABO *l. si quis sepulchrum 12 § prætor ait. h. t.* Hoc edictum justa ex causa propositum est, ut qui funeraverit, consequatur id quod impendit. Sic enim fiet, ne insepulta jaceant corpora, neve quis de alieno funeretur. Deinde qui propter funus aliquid impendit, quoniam cum defuncto contrahere videtur, *l. 1. h. t.* quasi negotium ejus gerens, *l. & si quis. 14. §. etsi quis. vers. quasi alienum. & §. idem Labeo.* meritò ab ejus hæreditate & hæredib. defuncti um repræsentantibus id repetere poterit. Funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fit ut funus ducatur, & sine quo funus duci non potest, *d. l. & si quis. 14. §. funeris l. funeris sumptus. 37. h. t.* Unde hæc actio, quæ & Funeraria dicitur, ex bono & æquo oritur, condemnetque tantum impensa funeris causa, non etiam cæteros sumptus. Æqui autem & boni æstimatio accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causa, ex tempore, ex bona fide, ut ne plus imputetur, sumptus nomine, quam factum est: ac interdum ne tantum quidem, quantum factum est, si forte immodicè factum sit, *d. l. & si quis. § hæc actio. vide l. 1. § de impensa. ad l. Fal. Land. art. 22. 31. lib. 1.* Quanquam Prætor vel Magistratus municipalis sumptum ad funus pro facultatibus & dignitate defuncti decernere solet, *d. l. si quis. 12. § fin. h. t.* Nonnunquam etiam is qui sumptum fecit in funus, non recipit: veluti si pietatis gratia, non hoc animo quasi recepturus sumptum impendit: Oportebit igitur testari quemque, quo animo funeret, ne postea patiatur quæstionem. *d. l. & si quis. § sed interdum.* Hæc autem actio cum sit Prætoria, cessat, quoties quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda. *d. l. & si quid. §. Labeo ait. cum seqq.* Datur autem adversus eos,

ad quos

ad quos funus pertinet: videlicet hæredes, vel bonorum possessores, *d.l. & si quis § sin rum ll seqq.* &c. Hujus autem actionis tantus est favor ob religionem, ut hæc impensa ante omne creditum, cum bona solvendo non sunt, ex hæreditate deducatur. *l.pen.h.t.l.2. de privil.credit.l.fi.§. in computatione. C. de jur. delib.* *Paul.lib.1.tit.21.* Quod & ad eas expensas, quæ ob morbum defuncti, puta in pharmacopolio contractæ sunt, extendi consuevit. *Jas.in d.§. in computatione. text. in l.3.§. in restituenda. 4. C. de pet.hered.C. de relig. & sumpt.funer. Land.ar.22.lib.1 gl.art.6 in 2.lib.1. Weych.art.6. vide etiam Spec. de sepult.*

O B S E R V A T A.

Ad suppl. rei vindic. remedia l. 7. & 8.

N. I. *Et divini juris*) Commodior ratio est (1) quod actio de religiosis sit assimilis rei vindicationi & dominio, consistenti *in jure habendi, persequendi & fruendi* ex quo, *qui locum purum habet, (vid.l.1.§.2.h.) possit prohibere ne alter ibi corpus inferat, nec ipse arceri quo minus inferat in suum.* (2) Actio funeratitia pertinet quodammodo *ad judicium famil.ercisc.* Nihil tamen hic intervenit quare hæ actiones cum Wesenb. mixtæ sint dicendæ. Illud hic in genere expendi meretur, cum de rebus sacris, sanctis, & religiosis, tanquam divinis, rei vindicatio aliaque prædicta judicia, quæ humana sunt, non dentur, *l.23.§.1.de rei vind.* equidem extra ordinem factum esse, ni per edicta atque interdicta sequentia isti rei subventum fuerit.

Utilitas h. act. hodierna in sepulchris assignatis.

N. IV. *Actio hæc*) Actio de religiosis *ex rat. jur. civ.* datur contra inferentem in locum *religiosum non suum sed alienum*, ni tollat quod intulit aut loci precium præstet, *cit.l.7.h.* Hodiè verò cum ejusmodi loca *propria non sint*; utiliter competit *contra eum qui in sepulturam ab Ecclesia mihi assignatam infert, ubi jus inferendi non habebat.* Quomodo ex facto consulti respondimus Nobilib. de I. Lineæ A. anno 1645. d. 15. Febr. verbis: Haben ewre Vorfahren von J. A. Linie die Begräbnüß in der Kirchen zu grossen W. berichteter massen allem gebrauchet / und die ihrige darin beygesetzet: So hat E. B. zu O. G. berührte Begräbnüß zu eröffnen / ewrer Vorfahren noch unvermoderte Gebeine herauß zu werffen / und sein Kind / welches zur O. G. gestorben / hinein setzen zu lassen / nicht geziemet noch gebühret / sondern er daran zu viel und unrecht gethan; derwegen er E. B. zu fodersi sein Kind auß ewer Grabstedt herauß zunehmen / und ewer Vorfahren herauß geworffene Gebeine wieder hereinbringen zu lassen schüldig. Inmassen ihr ihn dero behuff *actione utili in factum, de religiosis arg l.7.8. & 39 de relig. & sumpt. funer.* wie dann nicht weniger deß ewren Vorfahren abgelebten Cörpern und Gebeinen auch euch hierunter zugefügten Schimpffs halber / entweder *actione injuriarum, sec. d.l.8. de religios. l.1.§.4. & 6. junct. l.27. de injur.* oder auch wegen dessen daß ewer Vorfahren unvermoderte Gebeine von ihm B. auß der Grabstätt herauß geworffen / denselben *actione de sepulchro violato ex l.ult. de sepulchr. viol. junct. l.3. eod. civiliter vel criminaliter* zu belangen befugt. V. R. W.

An hodie liceat transferre mortuum per territoria aliena nō factā denunciat.

N. V. *Et qui prohibitus*) Attamen si hodie v.c. *pater in locum habitationis ducere velit funus filii sui aut cognati in alieno territorio mortui, illud libere facere nequit, nisi indicet magistratui ejus loci, & veniam impetret transportationis.* Quod videtur fundamentum habere in *l.1. §.4. de sepulchr. viol.* ubi dicitur, quod transferens sine denunciatione pœnam quidem non incurrat, possit autem transportatum prohiberi. *Et nunc apud multos consuetudine invaluit ut talis* denunciatio requiratur 1. in Durchführung eines Todten / 2. eines Maleficanten. (quod tamen actum jurisdictionalem sapere videtur) 3. in Durchführung einer Braut. Vide de prioribus duobus Belold. *Thes. pract. verb.* Durchführung der Maleficanten. *n. 33. & verb.* Durchführung der Verstorbenen. *n. 34.* Cæteroquin præsto est actio h. ed.

Actio in fact. cont. prohibentem inferre.

in factum contra prohibentem inferri mortuum, ubi jus est, ad interesse, *cit. l. ossa. & seqq. h. t.* Nec locus arrestationi. Prohibitum enim id omnino, sub pœna confiscationis tertiæ partis bonorum, infamiæ, amissionis debiti, & restitutionis similis summæ, *per l. fin. cum Auth. seq. C. de sepulch. viol. Nov. 60. c. 1. Nov. 115. c. 5.* Vid. Belold *in thes. pract. verb.* Begräbnüß der Todten. *n. 22.* Adeo, ut si de sepultura lis exoriatur, appellatio nulla sit, *l. f. de app rec. c. ex parte de sepult.* In quo jurisprudentia *naturæ, humanitati, verecundiæ & salubritati* consulere voluit, *arg. l. 27. de condit. instit. d. l. f. & auth.*

Cur prohibita mortui arrestatio.

Nec diversum est, ubi debuit mortuus ex instrumento guarentigiato; vel contra mortuum lata sententia: multò minus si consuetudo statutumve in contrarium prætendatur, *arg. c. fin. de consuet.* Vid Covarr. *2. var. resol. 1. n. 10.* Boër. *dec. 182.* Simile censetur, quod illi qui mortem propinqui lugent, ante *novem* Dierum spacium non sint conveniendi, aut quoquo modo inquietandi *N. 115. c. 1. vers. sancimus. arg. l. 2. l. 3. de in jus voc. l. 30. de ind. l. 4. §. 2. si quis caut.* Quod hodie jure Sax. ad 30. dies extensum, Landrecht. *l. 1. art. 22. & gl. verb.* der Erbe mag wol. Secus autem est ubi v. c. funus in alieno loco, ut sæpe fit, aliquandiu deponitur pro certo locario, donec sepultura fiat. Cum enim tunc cesset ratio sanctionis prædictæ, nil vetat detinere cadaver donec pensio solvatur. Conf. Dn. Mevium *eleg. tr. de arrest. c. 8.*

Exceptio.

Qui sumptus veniant in Funeraria.

N. VI. *Funeris*) In *thesi* sumptus (1) debent esse necessarii h.e. funeris tantùm causa *impensi*, non voluptarii, *l. 14. §. 3. & seqq. h. t.* Unde aliquando tantum non recipitur quantum est impensum, si sumptus fuerunt immodici, contra rationem facultatum, licet ipse testator sic voluerit, *d. l. 14. §. 6.* (2) ut *animo contrahendi* expendantur, quod contestari oportet, qui aliàs funerasse quis *solius pietatis & misericordiæ causa*, adeoque donasse censetur, *d. l. 14. §. 7. h.* In *hypothesi* autem hi sumptus ex dignitate defuncti aliisque circumstantiis æstimandi sunt, *adeo ut nec pro sumptu modico facto in contumeliam hominis locupletis, detur repetitio, d. l. 14. §. 6. & in. eod.* Unde & Vestes lugubres, precium loci ubi quis sepelitur, Sarcophagi vecturam, *l. 14. §. 3. & 4. l. 37. h.* pepla item seu fascias sericas quæ funus portantibus & comitantibus proximisque cognatis dari solent, *arg. dd. LL.* sumptuum nomine venire non est dubium. De iis autem quæ in convivia tunc impenduntur rectius id negatur, nisi ex consuetudine loci aliud servetur, vel dignitas defuncti exposcat, *arg. d. l. 14. §. 10. h. t.* Jung. Joseph Ludovic. *p. 2. decis. 78.*

Est ea b. fid.

Est autem hæc actio Funeratia b. fidei, *arg. l. 14. §. 6. h.* quod sit adjectitia qualitas quasi contractus negotiorum gestionis, *arg. §. 28. Inst. de action.* Atque ex privilegio solvitur ante creditum omne quod sic erogatum est, juxt. eleg. textum *l. 45. h. t.* propter publicam utilitatem, ne cadavera maneant insepulta, nequicquam nonnullis dissentientibus per *l. 9. C. qui pot. in pig.*

Privilegiū habet prælat. contr. quoscunque creditores.

Idemque & ad expensas *in morbum defuncti* rectè extenditur, *arg. l. 3. §. 4. C. de hered. pet. l. 3. C. h.* Modò sit expensum propter *morbum ultimum ex quo decessit ægrotus*, in pharmacopolia, Medicos, chirurgos. Add. notab. *text. l. 27. de reb. auct. jud. possid. l. 22. §. 9. C. de jur. delib.* & nunc D. Christoph. Phil. Richter *de privil. credit. noviss. edit.*

Extenditur ad expensas pharmac. Medic. chirurg.

* * *

TITUL.

TITULUS VIII.

De Mortuo inferendo, & sepulchro ædificando.

1. Interdictum de mortuo inferendo & ejus explicatio.

PErtinent & huc interdicta prohibitoria, de Mortuo Inferendo, & ut inferre liberè liceat: quibus de rebus ita Prætor interdixit: QUO QUAVE ILLI MORTUUM INFERRE, INVITO TE, EI JUS EST, QUO MINUS ILLI EO EAVE MORTUUM INFERRE, ET IBI SEPELIRE LICEAT VIM FIERI VETO, *l. 1. in prin. h. tit.* Verba illa, QUO QUAVE, EO EAVE, indicant contra interdictum fieri, sive in locum sepulturæ inferre quis prohibeatur, sive in itinere arceatur. Liberum igitur est, quacunque ratione prohibito mortuum inferre, aut statim hoc interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre, & postea in factum agere: per quam actionem consequetur actor, quanti ejus interfuerit prohibitum non esse, *l. liberum. 9. sup. tit. 1.*

2. Quatenus differat ab actione in factum.

Unde patet discrimen inter hoc interdictum, & actionem quæ ex superiore edicto datur. Nam hæc quasi cedens violentiæ, ordinariè agit ad id quod Interest, potiusque ad Vindicandam quam Arcendam injuriam dirigitur. Illud vero ipsi facto obsistit, vimque fieri vetat: & non longam cognitionem, sed paratam habet executionem, utpote in simplici verborum conceptione (ut & alia interdicta omnia, *l. ultim. de interd.*) in officio Prætoris consistens: qui interdicit, Ne vis fiat mortuum inferenti, donec de jure sepulturæ ordinarie agatur, ac diligentior fiat cognitio. Ita per interdictum removetur impedimentum: per actionem ex Edicto, tantum ad interesse agitur, impedimento omisso. Sed de differentia Edictorum, ac Interdictorum, alio loco dicetur opportunius.

3. Interdictum de sepulchro ædificando.

De sepulchro ædificando Prætor ita interdixit: QUO ILLI JUS EST, INVITO TE MORTUUM INFERRE, QUO MINUS ILLI IN EO LOCO SEPULCHRUM SINE DOLO MALO ÆDIFICARE LICEAT, VIM FIERI VETO. *l. 1. §. prætor ait h. t.* interdicta hæc proposita sunt, quia religionis interest, non prohibere sepulturam cadaverum, & monumenta extrui atque exornari. *d. l. 1. §. 1. vers. interdictum hoc ait.* Negat tamen lex Regia mulierem, quæ prægnans mortua sit, humari, antequam partus excindatur: qui contrà fecerit, spem animantis cum gravida videtur peremisse. Non igitur incidit in hoc Edictum, qui vetat ejusmodi cadaver inferri, priusquam partus excidatur. *l. 2. h. t.* Affine est, quod prohibitum sit illarum exhumare etiam ob delictum, nisi contra Ecclesiæ interdictum sepultus sit. *Bald. l. pri. 13. n. 2. C. de lib. caus.*

OBSERVATA.

N. I. *Pertinent*) Hodie *actio ex hoc edicto non amplius obtinet*, cum non habeamus locum sepulturæ in dominio, & sic nec jus altero invito ibi sepeliendi. Nisi quando quis sepulchrum emit ab Ecclesia & assignatum habet, quo casu videtur utiliter obtinere posse, ne vis fiat ei qui ibi mortuum intulit, *arg. l. 1. h. t.* Conf. Joseph. Ludov. *d. decis.* 78. ubi multa digna habet de sepulturis, & Besold. von Begräbnüß *num.* 22. Georg. Schultz *in synopsi ad* §. 1. *I. de interd.* Petr. Fridet. *de interdict. l.* 2. *n.* 32.

DIGESTORUM PARS III.

LIBER XII.

TITULUS I. C. 4. 1. 2.

De rebus creditis, si certum petatur, & de condictione.

1. Commendatio & generalis dispositio hujus tertia Partis, & etiam § 3. 4. 5. 6. 7.

HActenus explicata sunt in secunda Pandectarum parte judicia, quibus rem nostram perimus, & his finitima illa, quæ licet ex nullo contractu descendant, exemplo tamen realium judiciorum ad rem persequendam instituuntur. Sequitur nunc quando non modò res nostras, sed nobis etiam Debitas præstari æquum est, ut videamus quibus actionibus ea quæ debentur, exigi possint. Etsi autem diversæ causæ sunt, & variæ, ex quibus quid deberi potest, ut matrimonium, tutela, ultima voluntas, &c. tamen quia præcipue contrahendo fit: ut quid dari fierive oporteat, meritò ante omnia de contractibus, actionibusque, quæ indidem ad res debitas petendas emanant: in hac tertia Pandectarum parte justin. disputationem explicationemque instituit, *l. 2. § igitur prima. C. de vet. jur. enucl.*

2. Quare inscribatur de rebus creditis, & quid sit credere. & n. 5.

Ideoque hanc partem de rebus creditis inscribere visum est, ut ex ipso titulo statim appareret, de reb. creditis, debitisque ex alio contractu hic agi. CREDENDI enim appellatio generalis est, nam cuicunque rei assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur. Unde RES CREDITÆ dictæ, quæ ex ejusmodi fiduciaria, ut ita dicam, conventione debentur: *l. 1. h. t.* & CREDITOR, cui debetur: *l. creditor 10. cum duab. & seqq. de verb. sig.* quanquam speciali propriaque in significatione CREDITUM pro mutuo accipiatur: *l. 2. §. mutui datio. 1. hoc tit.* quia in hoc contractu præcipuè credit pecuniam, & alienam fidem sequitur, *l. 1. § illud. de separa. l. tutor § cum haberes. ad Vellea. l. ait prat. 10. § si quid quæ in fraud. cred.* qui mutuò dat. Quare in creditum ire propriè dicitur, qui mutuum vel quasi mutuum contrahit. *l. procuratoris 5. § sed si dedi de tributar. act.* REI quoque verbum ut generale Prætor elegit: quo non modò comprehendit res fungibiles, quæ solæ cadunt in mutuum, sed alias quaslibet sive species, sive etiam jura, *l. res appellatio 5. l. rei appellatione. 23. de verb. signific.* Apparet autem hanc inscriptionem ex Edicto perpetuo, cujus ordinem post J. C. Justinianus in hac digestione sequitur, esse desumptam, ut Ulpianus in *d. l. 1. in fin. h. t.* non obscure significat: Julianus enim Edicti compositor, quæ ad varios contractus pertinebant, Edicta & Actiones, sub hoc generali titulo vice Prætoris inseruit.

3. Quot modis eatur in creditum, & n. 5.

Itur autem in creditum duobus ferè contrahendi modis: aut cùm Re ipsa contrahitur, ut fit in mutuo, commodato, pignore, deposito, &c. aut quando potissimum Consensu, ut est in emptione, societate, &c.

4. Quare de stipulatione nihil hic agatur.

Nam quæ verborum formulis innititur obligatio, cum in ea nihil verè credatur promittenti, magisque subtilitate juris consistat, quam rei interventu: utpote quæ συνάλλαγμα nullum habeat, & in qua altera tantum pars obligetur: meritò in alium locum ad Prætoria judicia, procul a rebus creditis est relata.

5. Quare dicantur quidam contractus re contrahendi.

Sed quoniam per traditionem rei verè in creditum itur (is enim verè credit, qui alienum nomen sequitur. *d. l. 5. § sed si. de tributor, act. l. 1. §. illud. de separ.* & alterius fidei rem tradit & committit, *§. vend. Inst. de rer. divis. l. qua ratione 9. § nihil autem. de acqu. rer. domin.*) primò de contractibus qui rei interventu perficiuntur, actionibusque inde descendentibus, est videndum. Dicuntur, autem RE CONTRAHI, quod præcipua (a principaliore enim fit denominatio, *l. filio. 23 de lib. & post § singulorum Inst. de rer. divis.*) horum contractuum causa Efficiens Res est, sine cujus præstatione omnino perfici nequeunt, etiamsi secundario (ut loquuntur) consensum quoque requirant contrahentium, citra quem nihil concludi firmative unquam potest: *l. 1. § ult. de pact. vide quæ dixi. Inst. ad tit. quib. mod. re. cont. ob.* ut contra alii CONSENSU CONSTARE dicuntur, non quòd rem creditam nullam complectantur, *l. nec emptio. 8. inf. de contr. em.* sed quia potissimum perficiuntur Consensu, quamvis res in præsenti nulla intercedat.

6\. *Quot modis re contrahatur.*

RE ITUR IN CREDITUM, vel cum rem alteri credimus, & damus eo animo ut non eadem, sed in eodem genere similis nobis restituatur: quod fit in rebus quorum alioqui nullus est usus, nisi in abusu & consumptione, cujusmodi est pecunia, frumentum, &c. Quæ ideirco mutuò dantur, & necessario in accipientis dominium transeunt, ut consumendo iis uti possit, qui tamen aliquanto postquam abusus fuerit reddere debet, ut sit mutua in contractu compensatio, similem in eodem genere speciem: ad quam petendam datur Condictio, vel cum credimus rem, ut eadem in specie reddatur: quod fit in rebus quarum usus est salva substantia, unde existunt commodatum, pignus, & similes contractus. Natura enim ita comparatum est, quarundam ut rerum usus sit, salva earum substantia: ut animantis, scyphi, &c. quarundam non aliter quam in abusu. *tot. tit. sup. de usufr. earum rerum quæ usu cons.* Necessum igitur fuit pro diversa rerum natura, varios contractuum modos inveniri, quibus utræque res inter homines utiliter communicarentur. Credimus autem personis, vel quas per se bonæ fidei esse putamus; vel quæ ex alio pendent, ut servis, institoribus, nautis, propter dominum, præponentem, exercitorem, qui hac ratione Exercitoria, Institoria, de Peculio actionibus obstringuntur. Sed de singulis suo loco. Nunc ipsum titul. aggredimur, qui ita inscribitur: DE REBUS CREDITIS, SI CERTUM PETATUR, ET DE CERTI CONDICTIONE.

7\. *De inscriptione tituli: ejusque explicatio.*

Verba illa, DE REBUS CREDITIS, non modò ad hunc tit. sed cum sint generalia, ad totam hanc tertiam Digestorum partem pertinent, etiamsi aliis aliter videatur. *Conan. lib. 7. c. 32.* Ac de reb. Creditis potius quàm Debitis: quoniam hic agitur de actionibus, quæ dantur iis qui crediderunt, non de exceptionibus eorum qui debent. Et primò quidem, SI CERTUM PETATUR, quæ propria est inscriptio hujus primi tituli, eoque etiam ab his verbis communiter allegari nominarique solet. CERTUM est, cujus species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur, *l. certum. 6. h. t. l. stipulation. 74. cum l seq de verb obl.* PETITUR autem CERTUM ex mutuo: unde perinde est ac si inscripsisset, Si mutuum petatur. Sed quoniam in hoc titulo de Certo quod ex stipulatu petitur, nonnulla etiam sunt interspersa, maluit angustiore Certi vocabulo legislator uti. At qua actione petitur Certum? Indicat ed altera tituli pars quæ sequitur, DE CONDICTIONE. Cum igitur & de condictione, quæ ad mutuum repetendum competit, hic agatur, ut ex inscriptione liquet, de utroque videamus.

8\. *Mutuum unde dictum.*

MUTUUM reciprocum est: & ad illum pertinet, qui aliquid reddit: ut cum dicimus mutuum amorem, vel officium, quod pro alio accepto refertur. Itaque debitore propriè mutuum reddere dicitur. Sed in hoc contractu, quia mutationi initium facit creditor, is quoque mutuum dare dicitur. Dictum autem est Mutuum, quasi μοῦ τοῖν, authore Varrone, & Græcam interpretantur etymologiam Jurisconsulti ab eo, quod de meo Tuum fit: *l. 2. §. appell. 2. h. tit. Inst. quib. mod. re contr. obl. in prin.* non quod solum hoc contractu transferatur dominium in debitorem (nam idem fit in venditione, permutatione, &c.) sed quia mutuum est rerum fungibilium, id est earum, quæ mutuis vicibus, funguntur, & quarum altera alterius ita locum supplet, ut quod meum est, in eodem genere, atque adeo usu idem cum tuo sit. Unde mutuum dictum, quia qualem tibi rem mutuo do, talem in eodem genere recipio: ut mea & tua res fere unum sint, ut ita dicam, & idem. Mutationes fiunt, cum quod non habes, aliunde sumis. *Cic. lib. 3. de Orat.*

9\. *Quid sit.*

MUTUUM, est contractus juris gentium nominatus, stricti juris, *l. aut. si mutua. de eo quod cert. loc.* qui re perficitur, in quo damus rem fungibilem eo animo, ut nunc quidem accipientis fiat: aliquando tamen is non eandem speciem quam dedimus, sed idem genus reddat. Hæc definitio, nequis eam temere reprehendat, ex verbis consultorum est sumpta. Dixi esse JURIS GENTIUM, ut pleræque sunt conventiones, *l. jurisgentium. 7. de pact.* Nominatum: quia quum ad parandam pecuniam, sine qua commercia consistere nequeunt, *l. 1. de contrah. empt.* contractus hic apud omnes gentes frequenti esset in usu, facile nomen proprium invenit. Addo, esse stricti juris: quia strictam habet ex sua natura regulam, qua omnia, Arithmetica proportione, ad æqualitatem eorum quæ data sunt exiguntur, *l. 3. h. t.* Et hæc quidem ad genus pertinent. Reliqua quæ adduntur, differentiam monstrant, qua à cæteris contractibus, præsertim commodato & permutatione, inter quos hic interjectus est, mutuum secernitur, à commodato quidem, quod in illo dominium non transferatur, sed eadem species reddi debeat: in hoc res accipientis fiat, qui non eandem speciem, sed idem genus restituit: a permutatione, quod in illa diversi res generis communicentur, in mutuo vero ea quæ sunt in eodem genere fungibilia. Sed de his quæ pertinent ad differentiam, id est, substantiam formamque mutui, paulo post plura dicentur.

10\. *Causa efficiens mutui: & an debeat esse gratuitum.*

Causa efficiens mutuum, est Conventio ac Consensus contrahentium, una cum Traditione rei, quæ præcipue mutuum conciliat. Neque enim solo consensu, sed multò magis Re perficitur, *d. l. 2. §. creditum. 3. vers. item. in princ. Inst. quib. mod. re contr. obl.* Nam ultra id quod datum est, non contrahitur mutuum, etiamsi sit promissum: *l. rogasti. 11. §. 1. h. t.* unde apparet, Rem non Conventionem præcipue attendi. Licet tamen stipulari quid supra mutuum, ad legitimum usurarum modum, *l. cum ultra. 9. C. de non num. pec.* aut pactum mutuo adjicere *l. 1 sq. post. Bart. in d. l. rogasti: & ibi Bald. Alc. &c.* quod tamen Canon. improbant, qui quicquid supra sortem adjicitur, usuram esse censent: & rem illicitam: *c. consuluit de usuris Panor. & Dd. in c. fin. eo.* adeo ut ne tale quidem pactum in mutuo admittant, ut tantundem contra aliquando mutuo detur. *Corn. cons. 44. in consultatione nu. 1. vel 2. Henn. God. cons. de præscr. nu. 88 per doctrinam. Panor. in d. c. consuluit in fin. & Host. ibid. nu. 8.* Porrò mutui conventio, quia res inter homines utiliter communicat, Jure gentium inventa est: Civili porro jure approbata, ut & cæteri omnes contractus, *§. jus autem gentium Instit. de jur. nat. gent. & civ. l. quod si minor 24. §. non semper 1. de minor.*

11\. *Materia & quæ res in mutuū cadant, quæ functionem recipere dicantur.*

Causa materialis, est res quæ Pondere, Numero, Mensura constat, quoniam earum rerum datione possumus in creditum ire, *d. l. 2. §. 1.* id est, mutuum contrahere: propterea quod in genere suo functionem recipiunt per solutionem, magis quam specie, hoc est, quoniam in his reb. magis respicimus quantitatem, vim ac valorem, quam corpora: *l. Titio. de leg. 2. & l. si in circ. de solut.* eo fit, ut fungantur aliæ aliarū vice, cum per solutionē una res pro altera redditur, ita ut una tantum præstet quantum altera, non modo ipsa substantia ac qualitate, sed etiam usu: *Conn. lib. 1. cap. 1.* ut creditor plane idem recipere videatur quod dedit, non quidem in specie: nam corpora certe diversa sunt, (speciei enim vocabulum hic J. C. suo more individuis corporibus tribuit) sed per solutionem, quæ (ut dixi) plane idem reddit creditori quod dedit. Verbi gratia: Si mihi vinum certi generis & bonitatis, certa mensura mutuò dederis, eoque consumpto tibi eadem mensura de meo, quod ejusdem est generis, bonitatis ac pretii, satisfaciam: hic non restituo tuam tibi speciem quæ consumpta est, sed in effectu per solutionem idem tibi reddo: quia meum vinum tui jam consumpti vice fungitur: tantumque tibi præstat, quantum quod mihi dedisti, præstare poterat, non modo substantia & qualitate, sed etiam valore atque usu. Diversum est in cæteris rebus, in quibus ideo in creditum ire non possumus, quia functionem non recipiunt, etiam in eodem genere. Ut cum homo aut pecus alicui datur, ut in eodem genere restituatur aliud. Hic contractus mutuum non est, sed permutatio. Nec enim hæ res functionem recipiunt in genere: quia animal, etsi simile est aliis animantibus in suo genere, tamen individua ipsa specie, probitate, usu differunt: ne hic verum sit, quod dicitur: Nullum simile esse idem, *Dd. in l. quod Nerva. 32. deposit.* Cùm autem ea sit natura mutui, ut idem omnino reddi debeat, neque aliud pro alio solvi invito creditori possit: *l. 2. § 1. h. t.* apparet, quamobrem hæ res in mutuum non cadant. Sunt qui *Duar. disp. lib. 1. cap. 14.* paulo aliter ea J. C. verba, QUÆ RECIPIUNT FUNCTIONEM, &c. interpretantur. Nam inquiunt, ut fungi officio aut alio munere dicitur, qui facit quod facere debet, & ad quod destinatus est: *l. in metallum. 22. de pœn. l. prætoria de præt. stip. l. 3. de soll. dotis cum sim.* ita J. C. rem quoque fungi ajunt, cum confertur ad illum usum, cujus gratia parata est: ut cùm datur, solvitur, &c. Sed Ulpian. *in l. 6.* diserte monstrat, eam dici rem fungi, quæ datur & redditur. In rebus igitur quæ pondere, numero, mensura constant, contrahi potest mutuum: quia functionem, id est, communicationem, dationem, redditionem, usum, satisfactionem recipiunt, id est, præstant non quidem specie, id est, in ipso individuo: quia inutiliter communicarentur, si eadem species esset reddenda, cum illarum non sit usus, nisi in abusu: sed in genere per solutionem, quia solutio ejusdem generis facit, ut eadem res quæ data usuque consumpta est, creditori reddi videatur.

12\. *De forma substantialibus & natura tibus mutui: & explicatio l. unam. l. si ergo. cum similib.*

Causa formalis, est ipsa mutui datio: quæ fit eo animo, ut de meo Tuum fiat. Unde quia nemo dare potest, id est, rem & dominium transferre, *l. fin. de condict. causa. data l. non videntur 167. de reg. jur.* nisi dominus, *l. nemo plus juris. 54. de reg. jur. l. mater. C. de rei vend.* fit, ut in mutui datione dominum oportet esse dantem, *d. l. 2. §. fin.* Requiritur igitur in mutuo rei Datio, *d. l. 2. §. creditum. 3. l. cert. 9. §. numeravi. 5. h. t.* hoc est, dominii translatio *l. fin. de cond. caus. da.* & consensus contrahentium *l. si me & Titium. 32. h. t.* deficiente vero horum alterutro, deficit, aut pendet, aut ex post facto tantum confirmatur mutuum: verbi gratia si consensus deest, aut voluntas contrahendi mutuum: ut cum non eo animo datur, ut statim ex rei præstatione mutuum contrahatur, sed existente aliqua conditione, aut cum ex alia causa datur: *l. proinde 9. l. in. 16. tenens.*

omnis 19. h.t. vel cum consensu caret qui dat, ut furiosus, pupillus: vel cum error intervenit: quibus casibus non consistit tamen mutuum, sed consumptione rei conciliatur, *l. si et furio 0. 31. d.l. non omnis. § si pupillus, 2. d.l. si me & Titium. 32.* unde utilis condictio competit *l. 4. C. si cert. peta. d.l. si me & Titium Cujac. obser. lib. 5. c. 59.* Amplius vult Ulp. *l. si ego 18. h.t.* errore intervenicote, ne nummos quidem accipientis fieri: quod accipiendum est irrevocabiliter, & juris subtilitate, quia repeti possint. Nam verè transire dominium, quando utrique ex titulo translativo contrahit, alibi ostenditur: *l. cum in corpus. 36. de acqu. rer. dom. & dixi Inst. eo tit. de rer. divis. § per traditionem 33.* est enim hac in specie, consensus in dominio transferendo: idque non negat Ulp. *d.l. si ego. in fine.* quia postea subdit: Consumptis nummis condicenti obstare exceptionē: condicit autem nemo rem suam, sed translatam: *l. 1. §. fin. de condict. rei. & l. fin. infr. quem. cave.* & quanquam loquatur de consumptis nummis, tamen quin idem obtinere debeat illis extantibus, ut scilicet obstet exceptio, nulla causa est. E diverso si res deficit, quamvis consensus interveniat, mutuum non existit: unde Paulus inquit: Qui pecuniam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne ei accipiendo se obstringat, *l. qui pecuniam. 30. h.t.* Etsi enim verbis credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, ut stipulatione: *d.l. 2. § fin. h.t. l. si poenam. 68. de verb. oblig.* tamen nisi rei praestatio postea accedat, mutuum non perficitur Si igitur creditori futuro promittit debitor, quia ea stipulatio conditionem hanc habet. Si mutuum datum fuerit: ea non existente, quod fieri potest si debitor pecuniam accipere recuset, *l. pen. inf. qua res pign.* stipulatio ad nihilum redigitur. Hinc & illud est, quod si dedero tibi decem ut undecim debeas, nihil amplius quam 10. condici poterunt, quia ultra res nulla intervenit, *l. rogasti. 11. § pen. h.t.* Item, si dominus non sit qui dedit, nummi accipientis non fiunt: ideoque deficit etiam mutuum. ut si servus pecuniam domini mutuo det, *d. l. rogasti. § fi. hoc tit.* vel fur rem furto sublatam, *l. nam et si fur. 13. h. tit.* vel socius rem communem, *l. si socius. 16. hoc tit.* Sed in omnibus his si pecunia consumpta sit, cum res quae esse desiit, vendicari nequeat, conciliatur mutuum, ut domino Condictio dari possit: quia aequum & bonum est, pecuniam domini, quae ad te sine ipsius voluntate pervenit, & consumpta est, illi reddi *d. l. si me & Titium.* Sic si depositam apud te pecuniam placeat subinde esse mutuam, mutuum contrahitur; *l. si rei. 9. § 9. h. tit.* si rem vendendam dedero, ut precio utare *l. [illegible] h. tit.* aut debitorem meum tibi jussi solvere, vel quod mihi debes in causam mutui sumere, stricta quidem ratione non contrahitur mutuum, *l. qui negotia. 34 manda.* quia nihil de meo tuum fit: & non pactis, verum Rebus illud inducitur: jure tamen singulari, & ex utilitate commerciorum, etiam hic mutuum sustinerunt, *l. singularia. l. rogasti. hoc tit.* Illud quoque in forma & natura mutui est, ut eadem omnino res reddatur, non modò in genere, sed etiam bonitate & valore: *l. 3. h. tit.* nam Creditori invito aliud pro alio solvi nequit *l. 2. § 1. h. t.* Hinc & illud fit, ut hujus contractus actio Stricti sit juris, non Bonae fidei *l. aut si mutua. o. de eo quod cer. lo.* Nec enim in ea licet judici ex bono & aequo arbitrari, quid quomodo sit restituendum: sed omnia sunt ipsius contractus natura atque regulis metienda, quae exigunt rerum ultro citroque aequalitatem, ut cujus generis ac qualitatis res mutuo data est, illiusmodi omnimodo reddatur. Quanquam illud video quibusdam placuisse, si aestimationem offerat rei creditae debitor, nullaque captio sit creditoris, aequum esse hanc solutionem admitti, *l. vinum. 22. hoc tit. l. fin. de condict. tri. & l. quoties. in diem. 59. de verb. obl.* Nec enim affectionem ullam probabilem his in rebus fungibilibus creditor praetendere potest, quando pecunia, quae vice rerum fungitur, *l. 1. de contrah. emp.* facile parentur, & extingui nequeant, *l. in ratione. 30. § in- terim a d l. Falcidiam.* Ego tamen magis puto, invitum creditorem ad accipiendum aliud quam quod dedit, compelli non posse: *l. 2. §. 1. l. 3. hoc tit.* praesertim cum in mutuo versetur obligatio Dandi, non Faciendi: in qua aestimatio, invicem rei debitae succedere non solet: *l. ub. 75. § fin. l. stipulatione. 72. ubi Bartol. & Dd. de verb. oblig.* & tum demum ad aestimationem perveniri, & de ea quaeri arbitror: quando eam oblatam non repudiat actor, nec quippiam opponit, atque ita Juliani responsum interpretor atque intelligo. *d. l. vinum, ut in l. 6. l. si ve. 35. l. 1. § quod autem. inf unde vi ubi dixi num. 11.* in quo quando nulla extet de oppositione actoris contra aestimationem mentio, nec nos illam praesumere aut supplere debemus: cum exceptiones & oppositiones sint facti, Facta autem non praesumantur, sed probentur, *l. asseveratio. de non nu. pec. l. si ve. Cod. de probat. vide Castr. in l. unic. C. ut qua des. adve.* Quanquam & illud dici potest, non de aestimatione rei totali, sed de particulari interesse, Julianum *d. l. vinum. 22.* agere quod supra vinum mutuo datum postulatur, & aestimandum est ex eo quod sua die, vel saltem litis contestatae tempore non fuerit restitutum, ut in *l. exhibitionis, C. ad exh. l. 3. § item Julian. l. quod si*

Ephes. de eo quod cer. loc. Ex eadem ratione & illud forte defendi potest, pecuniam mutuo datam, in eadem specie monetae reddendam esse. *l. Paulus 1. § fin. ubi Bart. hoc inst. nisi creditorem nihil interesse. ff. de solut.* atque etiam eodem in valore & precio, quo data sunt, etiamsi postmodum valor auctus sit, vel decreverit. *vide late Molin. in tract. usura quaest. 92 num. 693. cum multis seqq. Curt. senior. in l. cum quod hoc tit.* caeteroqui nec tantundem, neque idem, sed pauciores pluresve nummi, quam sunt accepti, dabuntur, si secundum praesentem monetae cursum, non illum qui tempore mutui fuit, fiat solutio: id quod contra naturam est mutui, atque aequitatem *l. 1. h.t.* etiamsi Dd. in alia omnia discesserint: *Bart in d l Paulus num. 6. & 10. de solut & in l. cum quid ubi Alex Ias & communiter Dd. hoc tit & idem Bar in l 2. l cum aurum, de aur legat & alii quos cumulat Molin. praalleg loc.* quorum tamen opinio usu recepta est, maxime illa ex causa, quod debitor non plus reddere videatur quam accepit: nam juxta valorem qui fuit tempore mutui, etiam ipse acceptis nummis proculdubio usus, h. e. eodem valore atque aestimatione eos expendit Nec enim quisquam accipit mutuo, ut otiosam apud se pecuniam relinquat, sed magis ut illa etiam urgente necessitate utatur, utendoque eam expendat. Unde sive postea decrescat, sive augeatur precium, nihil ultrà quam accepit, reddere videtur. Verbi gratia: Dedi tibi ante 10. annos mutuo 100. Joachimicos, singulos pro grossis 25. qui nunc tantùm 24. valent Eos illo ipso mutuationis tempore, pro 25. singulos proculdubio expendisti. Etsi igitur nunc tantum pro 24. accipere cogar, te tamen nullum damnum patiere, cum eodem valore expenderis antea, quo ego illos tibi dedi. Id quoque naturae mutui consentaneum est, ut periculum pertineat ad eum, qui mutuo accepit: *§ item is Inst quib mo. re contra obl. ubi dixi.* cum quia ipsius gratia contractus initus, *l. si ut certo 5. § nunc videndum. 2. commodati.* tum quod dominus est, cui res perire solet: *l. pign. in C. de pignor. act.* postremo, quoniam res in genere consistentes, ut sunt quae pondere, numero, mensura constant, perire nequeunt, neque debitorem interitu liberant, *l. incendium. C si cert. petat.*

Causa finalis mutui est, Ut res ad necessitatem vitae opportunae, quatum in consumptione usus est, inter homines communicentur, aliique aliorum beneficiis atque auxilio benigne gaudeant & fruantur. Illud quoque ad causam mutui finalem pertinet, quod eo animo datur accipiturque, ut aliquandiu re credita fruatur debitor: *l. in commodato, 17. §. sicut. 3. inf. commod.* non enim debet creditor cum sacco, ut ajunt, venire paratus: *l. quod dicimus. 105. de solut* sed spacium aliquod relinquendum est debitori, intra quod re commodè utatur. Deinde ut eo spacio elapso, quod aut exprimitur in contractu, aut intelligitur, debitor rem, in eadem bonitate eodemque genere reddat (ut paulò ante dictum est) quantumvis id expressè non actum, *l. 3 h t.*

13. *Causa finalis.*

Nunc de ultima parte hujus tituli, videlicet de Condictione agamus Condictionis generali nomine omnes actiones personales veniunt: quod iis actum non in jus ducere aut rapere debitorem solent, more judiciorum olim solenni: *vide sup. de in jus vocan.* sed coram testibus condicere, id est, Denunciare diem, ac convenire cum eo qua die judicio sisteretur, *§ appellamus. Inst. de actio.* Ex omni autem contractu aut Certum petitur, aut incertum, *l. stipulationum, 2. de verb. oblig* Ad incertum petendum actio ex stipulatu, & aliae condictiones pro varietate obligationum competunt: de quib suo loco. Illae vero actiones personales, quibus certi quid comprehensum est, quod quale quantumque sit apparet, vocantur generali nomine certi condictiones: ex quacunque tandem causa & obligatione descendant, sive ex certo aliquo, id est quantum arbitror) nominato contractu, vel qui certum continet: sive ex incerto & innominato, *l certi condictio 9. in prin h.t.* aut in quo initio certum non fuit, sed ex post facto fit certum Propriè tamen & specialiter illa appellatur certi condictio, quae vel ex mutuo, vel ex stipulatione certae summae datur, *in prin Instit de verb oblig* Neque enim certior fieri designatio potest, quam cum res fungibilis certo pondere, numero, mensura circumscribitur, quod fit in Actione mutui: vel qualis quantaque sit, certis obligationis verbis designatur, quod fit in Stipulatione. Hinc factum est, ut cum caeterae condictiones in proprium fere nomen transierint, solae hae actiones nullo alio speciali nomine, quam Condictionis certi appellentur. Cum autem hoc in titulo non modò de Condictione certi ex mutuo, sed etiam ex stipulato agatur, propterea quod olim, cum non gratuito darent mutuo, sed ut plurimum foenerato, magis verborum obligatione creditores sibi cavebant, qua sortem & usuras stipulabantur, *l. a § fin l item. 40. l penult hoc d. l si poenam 68. de verbor. oblig.* quam solo contractu mutui, ex quo nihil amplius deberi potest quam datum est: *d l rogasti § si tibi h. t.* rectius inscriptio facta est. De certi condictione, quae ex utraque & mutui & stipulatione descendit: quam de Mutuo, vel Mutui actione.

14. *De condictione certi & incerti, & qua ex mutuo actio datur.*

OBSER-

OBSERVATA.

Ratio comm. de judic personalib.

N. I. *Etsi autem*) Judicia personalia præcipuè sunt *ex negotio aliquo civili* inter vivos, vel ultimæ voluntatis. Ex illis *insigniora* sunt *contractus, conjugia & tutelæ*, de quibus priori loco agitur, & quidem in parte hac III. de *Actionibus ex contractu*, in parte IV. de *accessoriis contractuum*, ut & de *conjugio*, & *tutela*, *actionibusque inde provenientibus*.

Creditum multiplic. accipitur.

N. II. *Quanquam*) Verùm rectiùs dicitur Creditum accipi (1) latissime, pro quovis debito, sive ex contractu sive ex delicto, *l.10. & 12.d.V.S.* etiam ratione realis actionis, *pr.l.de act.l.2.de compensat.arg.l.1.de LL.* (2) vulgariter & latè, quando quis alterius fidem sequitur, *l.1.h.l.2.§.3.eod.l.11.de V.S.* Et hoc sensu creditum genus est mutui, hoc illius species, *d.l.2.§.3.h &* qui deponit dicitur rem suam credere amico, *Aristot. in problem.sect.29.q.2.* (3) strictè creditum sumitur, pro ipsomet mutuo, *l.2 §.1 h.t.* quòd in hoc contractu maximè alterius fidem sequamur, translatu statim dominio, Add. Grott. *h.in flor.sp.* Mutuum verò iterùm capitur dupliciter 1. pro re data in mutuum: quomodo dicimus date, accipere mutuum, *l.2.h.* 2. pro actu mutuandi, & vel impropriè pro concessione ad usum, ut 4. *Reg.* 4. ubi dicitur vade & pete mutuò ab omnibus vicinis tuis vasa vacua. & 4. *Reg.* 6. Vel propriè pro actu quo res fit accipientis ut tantundé reddatur, qui hic contractus. *pr.I.quib mod re contr.obl.junct.§ ult.de obligat.*

Crediti nomine ven. & stip.

N. IV. *Namque verborum*) Putat Wesenb. crediti nomine non venire stipulationem; (1) *quod hic nihil credatur*, (2) *non habeat illa rei interventum sive synallagma*, (3) *quod in ea una saltem pars obligetur*. Et ratio, quare sic statuat Autor, videtur hæc, *quod videt in hac Parte non agi de stipulationibus*. Verùm licet hæ ad judicia Prætoria referantur in parte VI. tamen non minùs rectè dicitur easdem venire crediti nomine, sc. in acceptione generali, & secunda; quia per eas verbis creditur, *expr. textu in l. 2. § f h.t. Et prima ratio Wes. vera saltim est in speciali & stricto significatu, quem nec ipse hic vult intellectum; quia alias malè dixisset num. præced. rei interventum, etiam per contractus consensu constantes. His enim verè statim in mutuo; nihil credi constat. Synallagma & rei interventum hic pro uno habet, non pro duobus, ut sentit hic Bach.; Illâ verò ratione, crediti appellatione non venirent contractus consensuales atque chirographarius; contra & ipsius Autoris mentem in n. praced. & contra manifestissima civilis juris principia, l.2.§.3.& seqq.h.t. Denique si stipulatione non itur in creditum, quod ex ea tantùm una pars obligatur, quidni excludetur hic & ipsum mutuum?* Lapsus ideoque videtur Autor per non distinctam satis vocabuli ambiguitatem, quam accuratè discernere vel ex loco Status Legalis Rhetorum *de Ambiguo* nunc meminerit.

Non creditur saltem in contr. reali.

N. V. *Per traditionem*) Sed ante *n.3.* dixerat iri in creditum etiam per contractus consensuales, qui ad sui perfectionem traditionem non requirunt. *Nam in genere credi dicitur per actum ad obligationem comparandam interpositum, d.l.2.§ ult.h.t. Hic autem actus interponitur consensu, rei traditione, verbis, vel literis.* Conf. Bach. *in not.h.* Neque etiam verum, quod causa efficiens realis contractus res sit, quomodo sentit quoque Bach. *in not.* Rectius A. quamvis sibi non constans *nu. 10. & 11.* dicit, rem esse objectum contractus mutui, *arg.l.2.§.1.h.t.* consequenter & aliorum realium. Quod si autem *per rem h.n.* ut videtur, intelligi debet *rei traditio*, tum non magis id verum est, *quia traditio hic perficit contractum & dat esse mutuo, ut & realibus cæteris, ideoque ad formam pertinet, & substantiale est. Causa itaque efficiens rectè dicitur* consensus contrahentium, & hic mutuantis atque mutuatarii, *arg.l.18.h.t.*

Nec res ibi causa eff. est sed objectũ.

Distinctio contr. real. à fine.

N. VI. *Pignus & similes*) Contractus reales, quibus de tantùm hic, distinguuntur rectius à fine. Vel enim in iis agitur ut res accipientis fiat, & tantundem reddatur, ut in mutuo; vel *usus* tantum concedatur, ut in commodato; vel concilietur *custodia*, ut in deposito; vel denique acquiratur *securitas* ut in pignore, *l.55. de oblig. & act.* Nec enim, ut supponit hîc Wesenb. in pignore usus conceditur.

Titulus hic est generalis.

N. VII. *Generalia*) Quæstio est, *an hic titulus sit generalis?* Aff. A. *h.* Contra Bach. *in not.* ait, se non morari hanc quæstionem, quod nullam methodum in his ff. libris quærat: Verùm hæc assertio impingit contra *l.2.de stat. hom. & constit. Tanta. §.2.3.4.5 usque ad 9.de confirm. Dig.* Et maxima est, quæ ex connexionis indagatione quæritur, utilitas. Vid. Obs. *supr. ad t.de I. & I. sub init.* Cæterum & veritas quæstionis propositæ patet ex *l.2.§.3.h.t.* Titulus quoque est generalis in parte II. *de judiciis*, in V. *de testamentis:* in VI. tit. *de bon. possessionibus.*

Mutuum est contr. nomin. non ob usum frequentem Sed ob formam spec. Cur stricti juris,

N. IX. Observationem merentia hoc num. ista sunt. I. ratio quare mutuum *sit contractus nominatus, non est frequens usus*; cum hic & extrinsecus sit, & alias permutatio, quæ omnium frequentissimus olim fuit contractus *l.1.de contr.ab.empt.* foret contractus nominatus, contra *l.5.de præscr. verb.* Sed causa est certum nomen, & forma contrahendi specialis gentibus usitata, *arg l.7.§.1.de pact.* quodque nominatam producat actionem. II. Quare mutuum *stricti sit juris*, ratio rationis est quod non sit negotium ejusmodi, quod ex se & sua natura utrinque producit obligationem, qualia regulariter esse solent b. fidei; ideoque non possit hic judex utrique aliquid adjudicare, *arg.§.18 I. de act. & l.6.de eo quod certo loco:* aliam rationem habet Honorat. Leotard *de usur.q.6.n.18.* III. In permutatione non modò res diversi generis, sed & species cum specie & res generis cum specie commutari potest, *l.5.§.1.de præscr.verb.l.1.de contr.empt.§.2.I.eod.* de quib. infra *ad tit.de permut.* IV. Non prætereunda quidem hic fuit decantata divisio Mutui in Naturale, (*ubi quis suo nomine suam pecuniam numeravit*) Civile (*ubi quis spe numerandæ pecuniæ confessus est, se pecuniam accepisse*) & Mixtum, quod iterum duplex faciunt: (1) Naturale cui operatur Jus civile, *ut cum ab alio meo nomine pecunia numerata, & naturale dicitur, quod naturalis numeratio intervenerit, civile quod mihi exinde actio acquiratur, l.9.§.2.h.t.* (2) Civile cui jus naturale cooperatur, *ubi quis pecuniam vel acceptam vel mox numerandam stipulanti se redditurum promisit, ut l.6.cum seqq.de novat.* Verùm rectè ab aliis hæc distinctio rejicitur; *tum quia omne mutuum in numeratione & traditione rei consistit; tum quod interveniente stipulatione, novatio fiat, l. 6 §.1.l.7.de novat.* vid. Bach. *in not.h. & ad pr.I.quib. mod. re contr.oblig.nu.3.* Aliter ipse Bachov. *in d.not.h. & ad Tr.disp.26.th.2. B.* putat mutuum rectiùs dividi in *Verum & præsumptum*, & hoc ipsi est contractus chirographarius; aliàs literarum obligatio. Verùm rationi juris adhuc magis consentaneum videtur, ejusmodi literarum obligationem esse proprium & *singularem contractum* juris civilis, non verò mutuum. Probatur hoc (1) *per pr. ibi: Scriptura obligetur. I de literar.oblig. junct.I.S.in f.& l.14.C.de non num. pecun.* Unde describi potest, *contractus, quo quis spe subsecutura numerationis, chirographo suo sive literis fatetur & scribit, se ex hac vel illa causa pecuniam vel rem aliam mutuo accepisse ab eo cui chirographum dedit.* (2) quia mutuum non est ubi pecunia similisve res fungibilis *l.14.C.de non num.pec.* non numeratur, datur; *pr.I.quib. mod. re contr. obl. cum tradi pecuniam, in mutuo sit de*

Rejicitur divisio mutui in nat. civ. & mixtum.

Itera Bachovii in mutuum verum & præsumptum cum f. liter. obligationem Literar. obligatio est proprius contr. juris civ. diversus à mutuo. Quid sit

essentia,

essentia, ut dicetur n. 13. At in hoc contr. pecunia non numeratur, sed literis tantum scribitur factum id esse: (3) quia literarum obligatio & ad contractus refertur, & ab illis qui sunt ex re, verbis, aut consensu, specie contra distinguitur in §. ult. I. de oblig. Et si verbis potest contrahi obligatio, quidni & literis? arg. l. 17. C. de fid. instr. modo enim tantùm sic differt obligatio, non verò quoad actus substantiam. Neque hic officiunt argumenta Bachov. in not. sc. 1. nullibi in jure introductam esse ejusmodi obligationem. 2. oriri eam post biennium non ex literis, sed præsumpto mutuo s. ex præsumptione pecuniæ numeratæ, per l. 5. C. d. t. 3. literas h. c. non esse fundamentum obligationis, sed facere probationem, arg. l. 3. & l. 7. eod. Denique 4. quod reus opponat non contra scripturam, sed contra pecuniam non numeratam, ergo nec actor se fundet in scriptura, sed in mutuo. Nam ad I. resp. Olim, exceptio non num. pec. perpetuo obstabat. At sæculo II. post N. S. restricta fuit ad quinquennium ab Aurel. Ant. arg. l. 1. C. de caut. & non num. pec. C. Gregor. (qui vel Aurelius Antoninus Pius, vel Marcus Aurelius Antoninus Philosophus,) à Justiniano ad biennium. Sufficit itaque quod hic contractus sensim in Rep. Rom. cœperit, & habeatur in Inst. d. t. & t. C. de non num. pec. à cæteris distinctus. II. Supponitur hoc semper, pecuniam non esse numeratam. Hinc quoad actum primum statim oritur obligatio ex scriptura, cum effectu verò post biennium, d. l. 8. in fin. l. 14. pr. C. de non num. pec. d. t. vers. usque ad quinquennium I. de lit. oblig. Nullo autem tempore hoc dici potest præsumptum mutuum; tum quod nullum unquam sit, nisi ubi res intervenit, l. 1. de O. & A. pr. §. 1. d. quib. mod. re contr. oblig. quæ hic non intervenisse certò præsupponitur (nam etiamsi scribens consentiat in obligationem sub conditione numerandæ pecuniæ, tamen exinde nec est mutuum, quod consensu solo nunquam contrahitur) tum quod mutui natura non sit, ante vel post biennium obligationem producere. Fictio ergò est præsumptum mutuum. Ad contractus certè nullo modo referri potest. Et quod in l. 5. C. de non num pec. dicitur, exceptionem non numeratæ pecuniæ ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur, hoc non infert literarum obligationem esse ex mutuo. Aliud enim est quasi credita pecunia, aliud pecunia credita. hæc nulla est, nisi quæ revera tradita fuit l. 2. §. 2. ba. illa sic vocatur per metaphoram: nam creditum per excell. dicitur de mutuo. Vid. Grot. h. in fl. §. Ubi itaque scriptum sint, accepisse aliquem pecuniam spe subsecuturæ numerationis, tunc q. credita dicitur per translationem, quæ est à mutuo ad scripturam, & quia creditor petit q. creditum ex figura literarum. Aliud autem literæ sunt, aliud pecunia, quâ sine nullum mutuum existere potest. III. Non modò probationem facit chirographum (ut aliàs, & in eo quod ex mutui traditione secuta datum, obtinet) sed & ipsum hic est causa obligationis, perinde ut verba in stipulatione, d. t. I. de lit. oblig. ibi: scriptura obligetur d. l. 8. l. 13. l. 14. C. de non num. pec. Et in l. 3. & 7. C. eod. solùm dicitur quod creditor, durante biennio conveniens debitorem, teneatur probare pecuniam esse numeratam, exceptione illâ opposita. Quia ante biennium subest valis obligatio quæ exceptione possit elidi: aut & cautio condici, l. f. C. de cond. ex leg. Unde si creditori etiam intra biennium agenti dicta exceptio non opponatur, obligatio valida est. Multo magis biennio elapso. Denique ad IV. respondere potest distinguendo inter tempus proponendæ exceptionis contra chirographum, & actionem ipsam ex chirographo. Hæc nominata est actio, chirographaria, arg. l. 7. §. 1. de pact. & l. 2. de præsc. verb. junct. d. t. I. de lit. oblig. ibi: ex scriptura obligatur, quæ oritur quidem statim non ex mutuo (quod res non intervenerit) sed ex literis; & si statim proponatur, hoc habet onus annexum, quod actor teneatur probare pecuniam esse numeratam.

Resp. Bachovio.

Sed hoc ex valde extraordinaria ratione, sc. propter odium fœneratorum ante numerationem cautiones exigentium. Unde hoc in casu præsumptio non est contra confitentem, ut alias jure ordinario obtinet, l. 26. depos. Quia etiam probatio hic facienda pecuniæ non numeratæ, quæ negativa est, quâ debitor non onerabitur sed creditor. quod ejus qui negat nulla sit probatio, l. 3. l. 10. C. de non num. pec. Et exinde tamen negotium quod subest, non potest dici mutuum. Quod si agatur ex chirographo post biennium, manifestissimè constat, causam ejus nullam aliam esse, quam literas, cum tum exceptio non admittatur, d. l. 8. de non num. pec. Ideoque lex civilis adeò assistit huic obligationi, ut inde efficacem, ut ex stipulatu, re judicata, & confessione, civilemque actionem concedat. Neque hoc solùm propterea, quod post lapsum biennii, ex taciturnitate ejus qui scripsit, & in ejus odium censeatur consensus intervenisse & confessio, quod pecuniam acceperit, arg. l. 4. pro soc. sed primariò exinde, quod ab initio eo fine cautio scripta fuerit, ut scribens exinde obligaretur. Conf. Franc. Mantica de tac. & amb. conv. l. 9. t. 2. n. 5. Timæus Fab. disp. anniversf. 23. th. 11. Dn. Franzk. exercit. jurid. 10. q. 9. Dn. Tabor. part. elem. p. 3. sect. 4. th. 40. in eth. & Anton. Merenda controv. jur. lib. 1. c. 47. qui tamen ob rei difficultatem sibi hic parùm constare videtur.

N. X. Una cum traditione) Verùm traditio in hoc contractu non modò ad implementum pertinet, ut in emptione venditione, sed & ad perfectionem, ideoq; ad formam referri debet, arg. pr. I. quib. mod. re contr. obl. ut ipse Autor sibi non constans, fatetur in pr. n. 12. Add. not. supr. ad n. 5. Hinc etiam est, quod ultra id quod datum, mutuum non contrahitur, l. 11. §. 1. h. t. & quia substantiale mutuo, tantundem restitui. add. Honorat. Leotard. d. tr. de usur. q. 24. n. 7. Sed Q. si convenit ut pro 10. mutuo datis 11. reddantur, an pactum valeat? Autor sibi non constans, h. & tit. de pact. ait, pactum adjici posse mutuo, & loquitur de pacto usurarum augente. Verùm per stipulationem id fieri quidem potest, quod singularem formam habeat & ex se valeat: at non per pactum adjectum, quia illud hic adjectum contractui reali stricti juris, non auget obligationem, sed minuit, ideoque inest à parte rei, non verò à parte actoris, l. 17. de pact. l. 40. eod. Hocque adeò verum, ut id quod superest, nec ut usura peti possit, quæ in contractibus stricti juris ex pacto non debetur, l. 3. C. de usur. nec tanquam ex donatione: cujus tamen ratio, non quod donatio pacto facta hodie non valeat, ut malè nonnulli sentiunt contra l. 35. §. 5. C. de donat. sed quod pugnaret contra princip. humanarum actionum; quia hic non agitur de donatione sed mutuo celebrando; unde effectum non potest oriri contrarium, arg. l. 55. de O. & A. junct. l. 19. de donat. Quæ omnia valdè confirmantur notabili Responso Dn. Antecessorum in Acad. Julia, ad N. N. A. C. dato, anno 1622. d. 22. Mart. Hat einer den Reichsthaler bey dem jüngst vorgangenen Müntzwesen zu 4. Reichsthaler empfangen/ und denselben für 8. Thaler hinwieder außgeben und in seinen Nutzen verwendet/ sich auch verpflichtet für einen jeden Reichsthaler 4. Thaler an guter Müntz wieder zu geben: Ob nun wol der contractus mutui nicht weniger den andere/ so engen rechtens seyn/ die jenigen pacta so in continenti denselben hinzugethan werden/ admittiret und darnach regulirt werden müssen; Dieweil jedoch angezogenes pactum in dem eine höchste unbilligkeit hinter sich hat/ daß vermöge desselbiges der debitor für einen jeden Reichsthaler 4. gantzer wieder geben solte/ derselbige auch den Reichsthaler fundbahr nicht für 4. Reichsthaler/ sondern nur allein für 8. eine zeithero vermeintlich genante Thaler / so in der wahrheit nit mehr dann einen Reichsthaler außtragen/

Traditio in mutuo ad formã pertinet.

Non potest plus reddi ex mutuo quam ici tio revera datum est.

außgegeben: So ist derselbe nicht verpflichtet mehr Reichsthaler als er empfangen/ oder an stat derselbigen mehr guter Müntze als der hinwieder eingeführten Müntzordnung nach so viel Reichsthaler außtragen/ seinem Creditori hinwieder zuentrichten schüldig. Add. not. supr. t. de pact. n. 9. ad verb. cum insunt h. f. indiciis circa f. Dn. Richter. p. 1. conf. 13. n. 14.

Objectum mutui materiale.

N. XI. *Res quæ pondere*) *Objectum mutui* materiale *sunt* res quæ pondere, numero aut mensurâ constant, *l. 2. §. 1. h. quia ea denominantur, quod aliter in commercio non sint, quàm si appendantur, admetiantur, vel admunerentur: alias dicuntur* Quantitates. Neque enim idem genus rectè reddi potest, nisi per numerum, pondus, mensuram ad æqualitatem utrinque revocetur, *Joach. Hopper. ad Justin. de oblig. quæ re, l. 1. tit. de mutuo. n. 1.* Ex iis namque solis æqualitas, sine qua, juxta polit. principia, nulla sunt commercia, in rebus existit.

Formale.

Formale verò objectum *sunt res eadem*, quâ functionem in genere suo recipiunt, *d. l. 2. §. 1. h. pr. quib. mod. re contr. oblig. Neque enim omnium, quæ pondere, numero, aut mensurâ constant, ut gregis & similium, mutuum est, sed sub eo modo considerandi quat. sunt fungibiles.* Hincque excluduntur *ab objecto mutui* (1) quæ pondere, numero, aut mensurâ non constant. sed non sunt fungibiles, ut pannus, oves: pannus, lana, vestis, libri &c. Add. Dn. Frantzk. *comm. h. n. 13. 14. & seqq.* ubi tres terminos subindè hic occurrentes *speciem, genus, quantitatem* eleganter exponit.

Forma mutui in duobus est. (1) in traditione, & (2) obligatione ad reddendum. Traditio alia vera, alia ficta, (1) per consumtionẽ rei b. f. factam.

X XII. *Ipsa mutui datio*) Multa h. n. cumulantur loco alieno, nonnulla minus accuratè proponuntur. I. *Accuratiùs loquendo*, forma mutui *consistit* in rei traditione & obligatione ad reddendum, *arg. d. pr. I. quib. mod. re contr. oblig.* Traditio vel *vera* est, vel *ficta*. Illa fit, *res vero interveniente*. (rectâ viâ) seu quando res accipienti reverâ traditur, *l. 2. §. 3. h. t.* Hæc *à lege intervenire fingitur*, & quidem dupliciter: Primò propter consumptionem rei creditæ bonâ fide factam, *l. 12. l. 13. h. l. 19. §. 1. eod.* habetur enim pro modo acquirendi dominii ejusmodi consumtio, *arg. l. pen. C. de condict. ex lege, l. 56. de fidejuss. l. si me & Titium, h. propter l. 14. de condict. indebiti.* Exempla 1. *si error intervenit in conventione, sed res tradita, l. 18. §. 1. h.* 2. *si* servus *nummos domini crediderit, l. 11. §. f. h. t.* 3. *si* fur *l. 13.* 4. *si* furiosus, *l. 12.* 5. *si* pupillus, *l. 19. § f.* 6. *si* absque alia quavis sufficienti causa res mea ad te pervenerit. *l. 32. h. t. Omnibus enim hisce casibus, & aliis si res tradita sit consumpta, mutuum conciliatur, sed fit per indirectum.*

(2) per brevem manum.

Secundò *intelligitur traditio intervenire* per fictionem brevis manus, quæ juxta Bachov. *ad §. 44. I. de R. D.* rectè revocatur ad tres modos, *arg. l. 15. h. t.* 1. *si fiat* in una persona. *ut si pecunia ex mandato debita pacto mutua fiat, d. l. 15.*

Quæ hic triplex.

2. in duabus personis, *ut si Titio dem lancem ut vendat, & nummis utatur, l. 11. hic junct. l. 19. de præscr. verb.* 3. in tribus personis, *ut si debitor alteri mutuo constituendi gratia solvat, l. 34. §. item quod. mand. d. l. 15. h. t.* Vide Bachov. *d. loc.* qui etiam ad conciliationem *d. l. 15.* cum *d. l. 34.* ex Roberto rectè respondet, distinguendo inter procuratorem, *qui nudus minister est, exigendæ saltim pecuniæ constituntur, & qui procurator verus.* Pecunia ab illo exacta domino acquiritur, & propterea per fictionem brevis manus facilè potest esse locus mutuo: ab hoc autem exacta pecunia ipsi domino non acquiritur, sed hic contra eum habet actionem mandati, *ad Tr. h. th. 3.* II. Quod dicit A. *dominum oportere esse dantem*, hic ἀλλότριον est, quia *qui possunt dare vel accipere mutuum*, non huc sed ad causam efficientem pertinet. *Neque etiam sufficit dominum esse, sed oportet & videri* non ademtam esse rerum administrationem, exemplo pupillorum, *l. 19. §. 1. h. t.* minorum & similium. III. Eadem ratione huc non spectat agere *de consensu contrahentium*, sed ad caus. effic. Insuper sensus seqq. obscurus videtur, quæ explicatiùs sic habent, *petita ex iis quæ mutuo sunt* repugnantia. *Non contrahitur illud, si deficiat, vel consensus, vel res: consensus dicitur deesse, vel simpliciter, vel secundùm quid. Et hoc 1. cum non eo animo datur ut statim sit mutuum*, sed conditione aliquâ existente, 2. *quum datur* ex alia causa, ut in casu *l. 8. & l. 19. h. 3. cum dans* consensu caret, *ut furiosus, pupillus.* 4. *quum in datione* error intervenit, *l. 12. d. l. 19. §. 1. h. t.* Res deficit itidem *vel simpliciter*, quando nulla intervenit, *vel secundùm quid*, ubi quæ data propria non fuit.

Concil. l. 19 pr. h. & l. 36. de a. r. p.

Ratione consensus deficientis antinomia videtur esse in *l. 18. pr. h. t. & l. 36. de acq. rer. dom.* sed quàm rectè conciliat hic Autor. Unde non faciendum cum Bachov. *in not. & ad Tr. th. 4. lit. A.* qui putat hic fuisse dissensum inter JCtos. Neque obstat 1. quod ille regerit, Ulpianum *in d. l. 18.* disertè negare pecuniam esse mutuam; *Quia hoc verum* quoad causam (modum) conventionis; *cum in ejusmodi mutuum non fuerit consensum, sed ille hic sit erroneus*: in dominio tamen transferendo *uterque consensit, ergò & hactenus res sit accipientis, & causa sufficit mutui putativa, l. 36. in f. de acq. rer. dom.* Adeoque hæc dependent à princip. hum. act. seu eo quod actum est. 2. *Exceptio nihilominus datur accipienti* postmodum convento, quia tradens habuit animum donandi, *indeque dolo malo facit, si hoc velit repetere quod donavit; & licet ex causa mutui per errorem acceptum est consumptum. Rectè etiam Wesenb. censet, condictionem dari quoque ubi nummi mutuò dati* extant, *quod nec à mente Ulp. ut opinatur Bachov. h. rei vindicationem substituens, est alienum. Vindicatio enim non competit*, quod dominium sit translatum, *l. 36. de acq. rer. dom, adeoque qui dedit non amplius possit dicere suum esse, arg. l. 23. de R. V. sed saltim accipientem* ex mutuo esse obligatum *ad reddendum*, actione ex mutuo, *quasi agat tamen, extantibus licet nummis, rectè ipsi opponitur doli exceptio. Quamvis enim eos non consumserit accipiens, tamen voluntate tradentis in eum finem accepit, ut eos ex donato retineat, & lucretur irrevocabiliter. Et quod nummi mutuò accepti* extantes *hic repetantur, illud fit* per accidens, *neque naturæ mutui aut actioni ejus contrariatur.* sec. Gl. *in l. 2. pr. h. t.* IV. Rectè ad formam refertur *Obligatio reddendi, sec. not. supr. n. 12. Nam ut* substantialis *mutui à parte* mutuantis (qui dat mutuum) *est* traditio rei: *ita & ad* formam *ejusdem à parte* mutuatarii (qui accepit) *pertinet* obligatio ad rem reddendam; *cum sub ea omne mutuum contrahatur. d. pr. quot mod. re contrah. oblig.*

Obligatio reddendi mutuum tria includit.

Hæc autem obligatio tria includit, 1. *ut res mutuo data* (ad usum,) *reddatur* eodem genere, *l. 2. h. t.* 2. ut tantundem s. in eadem quantitate, *l. 11. §. 1. h. t.* 3. ut idem qualitate, *l. 3. eod. d. pr. I. quib. mod. re contr. oblig.* Quæ tres obligationis qualitates tamen ita differunt, ut priores duæ tantùm sint de essentia mutui, ultima saltim de ejusdem natura.

Bonitas pec. creditæ. Intrinseca

Ad qualitatem rei vel pecuniæ mutuatæ pertinet etiam Bonitas. Hæc autem, præsertim in pecunia credita, duplex est, intrinseca & extrinseca, *arg. l. 1. C. de veter. numism. pot.* Illa in duobus scil. *in liga scil. pretiositate materiæ* (quæ aurum est vel argentum) & *in pondere* consistit; quæ vocantur à monetariis Schrot und Korn / oder gehalt und gewicht.

Et extrinseca.

Hæc itidem in duobus, in *valore impositio* scil. æstimatione, so der Wehrd/ die Wardirung/ etc. wie die Müntz geng und geb ist: & *in signo, charactere*, seu justa forma nummi, Germ. dicitur: der Schlag / das Gepräg/ überschrifft. Vid. Müntzord. Ferd. I. de a. 1559.

Lindem,

An creditori in vino solvi possit genus diversi generis Neg.

Lindem. *tr. de mutuo c. 2. n. 60. & seqq.* Besold. *in thes. pr. v.* Schrott und Korn. *n.* 49. Ad qualitatem generis spectat quæstio, *An creditori vinatoris diversi generis reddi possit?* v. c. pro vino mutuato, pecunia. Quod rectè negatur; tum quia *non solùm tantundem, sed & idem genus* reddi debet, *d. l. 2. §. 1. h. t. l. 3. c. eod.* tum quia *stricti juris est mutuum*, tum denique quia obligatio, quæ in mutuo, non faciendi est sed dandi. Nec officit *l. vinum. 22. h. t.* ad quam rectè respondet Autor dupliciter: 1. *quod vino mutuo dato, pecunia scil. æstimatio reddi possit, ubi creditor contra æstimationem oblatam non excepit, nec jure suo nititur. Sufficit enim in constitutione contractus fuisse essentialia, licet non in satisfactione, scil. distractione, arg. l. 17. l. pen. C. de solut.* 2. *petitur æstimatio in casu. d. l. 22. non nisi ob moram, quod vinum justo tempore non erat redditum, quod non fit ex natura mutui, sed per accidens.* Conf. Marc. Lyclam. *in comm. ad l. vinum.* Diss. nonnihil Bach. *h.* restrictionem *d. l. 22.* non admittens, sed cui ex prædictis facilè respondetur. Porrò ad quæstionem de Qualitate restituenda collocandum est, quod habet A. *vers. in eadem specie moneta.* Econtra illud verius est, *ordinariè & ex natura mutui*, pecuniam non esse reddendam in eadem specie monetæ, 1. *arg. l. 65. §. 1. de V. O. l. 90. de solut.* 2. *quia ipsa quantitas* (æstimatio) *magis creditur quàm corpora nummorum, arg. l. 34. §. 3. de leg. 1. l. 5. de impens. in res dot. & tantundem solvitur, ubi eadem quantitate ejusdem generis redditur, licet corporibus diversis, l. 1. de contr. emt. Hinc nihil prohibet; pro antiens vel thaleris mutuo acceptis, aliam monetam minorem solvere, modo sec. novissimam constitut. monet. Ferd. I. de anno 1559. minuta pecunia non solvatur ultrà. 25. florenos. Cujus ratio est, quod ponderosior plerumque sit parva moneta, plus de cupro participans, plusque loci occupet in vasis cistisve, & sæpè minoris alibi, vel etiam nullius sit valoris.* vid. Coler. *de proc. execut. p. 1. c. 10. n. 9.* Exceptio ergò est 1. si creditor indè in damnum passurus, *arg. d. l. 99. de solut.* 2. si convenerit nummos mutuatos in eadem monetæ specie esse reddendos, *ut*: stück vor stück/harte/gantze volgehende Thaler/ *ut.* Reichsthaler *in specie*, *d.* Müntzordn. *Ferdin. 1. §.* die jetzgemelte: *ibi*: aber was hiebevor auff Geld. etc. tunc valor aliquis inspicitur, Conf. Besold. *thes. pr. verb.* Thaler. *n. 16. vers. verba* harte Thaler *&c.* & Anton. Fabr. *tract. de var. nummor. debitor. solut.* c. 7. ubi hanc sententiam contra Molinæum eleganter defendit. D. Struck. *p. 1. cons.* 17. *n.* 5. Dn. Richter *p. 2. cons. 31. n. 2. & seqq. & cons.* 34. *& dec. 72. n. 24. lim.* 2. Ratio dependet ex princip. ejus quod actum est, quod ex instr. obligatoriis patere solet.

An pec. reddenda in eadem specie monetæ Neg.

Excep.

V. Denique ad *qualitatem pecuniæ mutuatæ* pertinet, *quâ bonitate solvi debeat, sicubi illa diversa est tempore solutionis ab ea, quæ fuit tempore contractus.* Et verissima sententia est, mutatâ bonitate extrinsecâ valoris, da der Wehrt verändert/gesteigert/oder geringert/ redditionem faciendam *sec. valorem qui est tempore solutionis, ita ut*, ubi auctus est, *commodum sit creditoris.* Sufficit enim pecuniam reddi juxta intrinsecam bonitatem, quæ exstitit tempore contractus, *l. 3. h. t. l. 2. C. de vet. numism. pot.* cui valor lege impositus respondere debet, per avaritiam mercatorum nonnunquam variatus, & diversus tempore solutionis: ideoque nil impedit, licet in adjectitia hac bonitate plus minusve restituatur. Vid. Gail. 2. *obs.* 73. *n.* 9. Cothman. 1. *cons.* 34. *n.* 101. *& seqq.* Dn. Andr. Kohl. *ex c. legal.* 19. ubi nonnullas exceptiones habet, quas & Mynsing. 4. *obs.* 1. qui ejusdem sententiæ, exponit, præjudiciis quoque Cameræ Imperialis in medium productis. Cæterùm si bonitas intrinseca mutata, ut ferè ab anno 1606. ad annum 1621. contigit, tempus contractus esse inspiciendum ratio juris dictitat, & recepta plerorumque sententia est. *Verbi gratia, si anno 1621. die 16. Septembris mutuo dedi 100. thaleros Schreckenbergicos, seu grossos Misnicos: hodie pro istis 100. thaleris solvere mihi potest debitor vel 12. Joachimicos cum dimidio, vel alios 12. usuales thaleros cum dimidio:* Current oder Zahlthaler/*proba moneta. Ratio est, quia in mutuo tantundem reddendum eâ bonitate, quæ fuit tempore contractus, d. l. 3. h. t. l. 2. C. de veter. numism. potest. At tempore contractus d. die 16. Septemb. Schreckenbergici quoad pondus,* nach dem Schrott und Korn/*adeò erant depreciati, ut 8. demum thaleri continerent intrinsecam bonitatem Joachimici:* dieweil damahls 1. Thaler solcher Müntze / an Schrott und Korn nur 4. gg. 6. pf. in sich gehabt/und also achte solcher Thaler/da sie zu gutem Gelde *tempore contractus reduciret*/einen Reichsthaler *exaquiren. Et ratio rationis est; quod non plus valere debebat materia causa, (sive sit Joachimicus, sive nummus minutus) quam materia rudis & infecta*: ac ne creditor, ultra quam datum est recipiens, fiat injustus, pluris usurpator: vid. Lindem. *tr. de mutuo th. 78. & seqq.* Add. Dn. Struck *p.* 1. *cons. 2. n. 94. cons. 4. n. 945. 955.* ubi præjudicia Cameralia habet, *cons. 17. n.* 92. & an io hoc Gail. & Mynsing. dissensisse videantur. *junct. cons.* 4. *n.* 954. Illustrantur isthæc plurimum Edicto Monetario Ducatus Lunæb. anno 1621. d. 14. Septemb. publicato, verbis: Was dann an guten Reichsthalern in specie außgeliehen/solches sol/dessen ungeachtet daß ein gewisser Wehrt den verschreibungen einverleibet/mit guten harten Reichsthalern wieder bezahlet werde/ und also der Unterschied der Reichs- und Zahlthaler deßfals auffgehoben: auch ein Lübeckscher Gulde drey Reichsort/und ein Lübecksch Marck ein halber Reichsthaler seyn. Was aber zu den Zeiten/wie der Reichsthaler angefangen zusteigen/auffgeschlagen und von Jahren zu Jahren/ ja Monaten zu Monaten/an Schrot und Korn geringert / zumahl von anno 1606. 1607. und folgende Jahren an kleinem vermischetem Gelde außgeliehen/oder sonsten zubezahlen: Solches alles sol wie jedes Jahr / oder jede halbe Jahre/die Reichsthaler gegolten / der wiedrigen etwa den verschreibungen inserirten pacten und vergleichungen ungeachtet / bezahlet / und also desto weniger oder mehr Stücke gegeben: oder mit Reichsthalern wie sie domals gegolten/bezahlet/ und also alles ad bonitatem, wie es tempore contractus oder promissionis gewesen/ ungleichheit abzuwenden/redigiret werden. Nec minus prædicta egregiè confirmantur Responso Facult. Jurid. in Acad. Julia ad I. V. W. B. M. A. F. *anno* 162. *d.* 29. *Maii*, quod variorum casuum decisionem continet, verbis: Haben etliche vor 20. und weniger oder mehr Jahren/wie schwere Müntze gewesen/ Geldere außgeliehen / und bey vorgangenem Müntzwesen sich mit Groschen oder Schreckenbergern unwillig zahlen lassen/auff das Capital quitiret/und die darüber in Handen habende obligationes von sich gestellet / auch solche gehobene Geldere für voll wieder außgebracht/und nützlich angewendet/so seind ihre gewesene Debitores nunmehr nach veränderten Müntzwesen/solche Groschen oder Schreckenberger hinwieder anzunehmen / und dieselbe anderweit mit guter Reichsmüntze zuersetzen/nicht schüldig: im fall aber die Creditorn durch solche Zahlung enormiter und über die helffte lædirt sich befinden/alsdann weren die debitoren den Mangel zuersetzen/anzuhalten. 2. Seind dann auch schon etliche Debitores durch Amptsmittel/ zur Zahlung angestrenget/welche anders als mit leichte Groschen oder Schreckenbergern zu bezahlen nicht vermacht/die von den Creditoren zwar gerne angenommen/aber über angewanten Fleiß nicht wieder begeben und von ihnen unter die Leute gebracht werden können / als seind die Debitoren solche

Valore mut. inspicitur tempus solutionis.

Mutata bon. intr. solutio fit sec. temp. contr.

Convenit hoc Ed. Monet. Duc. Lun.

Illustratur responsis Facult. Jurid. Helmstad.

hinwieder anzunehmen/ und wieder mit guter Reichsmüntz in dem Wehrt wie tempore contractus gegolte/ zuverbessern obligirt. 3. Haben etzliche Debitoren erborgete Geldere/ für vorhergender Lose mit leichter Müntze wieder abtragen wollen/ so auch auff Verweigerung/ den Creditoren solche ins Hauß geworffen/ oder ins Ambt deponirt, so seind sie dessen ungeachtet/ solche Geldere antzo wenn ein richtige Lose vorgangen/ mit guter Reichsmüntze/ wie dieselbe Zeit der Entleihung gegolten/ abzutragen pflichtig. 4. Seind über Wiesen/ Garten/ Acker/ Häuser und andere Sachen mehr vor negst verwichenen Michaelis, und länger/ auch nachgehends kurtz zuvor ehe die Müntzänderung vorgangen/ Käuffe getroffen und geschlossen/ dardurch sich nunmehr der Verkäuffer beweißlich enormiter und über die helffte vervortheilet befunden/ so seind dieselbe solche contract zuhalten nit schüldig/ sondern ex Capite læsionis zur Erfüllung des rechten Wehrts oder ad rescissionem contractus zu agirn wol befugt. 5. Haben etzliche Geldere außgeliehen/ dafür die versetzten Acker so hoch genossen/ daß man die Ubermasse billig in sortem computiren können/ dennoch die völlige Zahlung des Capitals von ihren Debitoren überkommen und angenommen/ daß sie also gantz keine læsionem allegiren können: so seind sie auch/ nachdem die geringe Müntze cassirt, von ihren Debitorn ein mehres zu fodern/ nicht befugt. 6. Welches dann auch ebenmässig bey denen; welche Geldere auff Kornpächte verborget/ übermässige Zinse genommen/ und die armen Debitorn zu Erlegung Capitals und Zinsen zwingen lassen stat findet. 7. Haben Debitores ohne vorgehende Lose ihren Creditoribus in Bezahlung Schreckenberger auffgedrungen/ daß sie auch nur der Condition, da dieselbe nicht abgesetzet würden/ zu wiedrigen aber durchauß nicht zubehalten/ angenommen/ auch auff das Capital nicht quitirt, noch die obligationes von sich gestellet als seind Debitores nach Absetzung solcher Müntze dieselbigen wieder anzunehmen/ und gute Reichsmüntz in dem wehrt/ wie sie zeit der Außleihung gegolten/ dafür zierlegen verbunden. 8. Es müssen aber dieselbe/ welche leichte Geldere angenommen/ gleichgültige und keine schlimmere Sorten/ wie sie gehoben/ ihren Creditoribus wieder beybringen und einliffern. 9. Haben etzliche vorm Jahre/ und zeithero die leichte Müntze gangbar gewesen/ Geldere außgeliehen/ so können doch ihre Debitores nach Veränderung der Müntz dieselben mit solcher nunmehr nit gültigen leichten Müntz nicht wieder befriedigen/ sondern sie sein gute Reichsmüntz in dem Wehrt/ wie sie tempore Contractus gegolten/ zubezahlen schüldig. 10. Und seind die Krügere/ welche zu Zeiten/ da die leichte Müntze noch gange und gebe gewesen/ etwas verborget/ an jtzo nach schwerer Müntz ein mehres als die Zeit der Verborgung gegolten zu fodern/ nicht befugt. 11. Endlich/ haben etzliche negst verschienen Michaelis oder Martini leichte Schreckenberger in Bezahlung angenommen/ die sie aber über angewandten Fleiß nicht wieder begeben können/ als sein dieselbe solche zubehalten nicht schüldig/ sondern es wird dafür gute Reichsmüntze/ in dem Wehrt, wie jedesmahl nach Zeit des getroffenen Contracts gebühret hette/ billig erstattet. V. R. W. Ad decisionem casus mutati valoris, de quo *s. pag.* 487, pertinet quoque notabile Responsum Dn. Antecessor. Facult. ad E. O. 3. Apr. an. 1609. verb. daß nach wörtlichen Inhalt angezogener Verschreibung und sonsten/ in gegenwertigen Fal da bonitas monetæ extrinseca verändert und gesteigert/ dieser Uffschlag und Erhöhung der Thaler des creditoris Cau[illegible] Witwen zum besten komme und derselben die Thaler/ stück vor stücke/ der debitor S. zu bezahlen schüldig sey. V. R. W. Idem responsum 12. Aug. ad P. E. 29. Sept. ad Cap. Halb. S. Bonif. anno eod. & anno 1624. d. 18. April: ad H. V. V. E. Adde de hisce controversiis & similibus *Autorem* des kurtzen Bedencken/ wie bey jetzigen reducirten Müntzwesen in vorfallenden Fällen ungefehrlich zusprechen/ *typis excusum Helmstadii anno* 1622. Responsa juris *Hillers, Lustrecu, Volemars,* & *Anonymus* außführliches Müntzbedencken zu Augspurg *anno* 1624. Christ. Besoldi *Recapitulat. Monetar. Discurs. Academ.* Werners. *Jac. Alem. in palastr. consult. S. de jure moneta.* Videsis & Dn. Frantzk. *exerc.* 9. *n.* 40. & *seqq.* Equidem argumentum de usu vilioris pecuniæ mutuò datæ (quod scil. expendi potuerit pro bona moneta) sat leve est, *omnibus prædictis Dd.* improbatum. Accidit namque hoc pecuniæ jam mutuo acceptæ. An mutuatarius si fortè pluris expendit eam, propterea plus restituet? anne ejusdem qui dominus factus est per traditionem commodum est & incommodum, vel naturali ratione?

Objectio de usu vilior. pecuniæ.

N. XIII. *Aliquandiu*) Quod non ita intelligendum, ac si per dationem in mutuo transferatur *saltem possessio & ususfructus pecuniæ*; vel mutuum saltem sit *pecunia locatio*, ut nonnulli perperam opinantur, *arg. l.* 33. *pr. de usur. N.* 160. *præf.* & *c.* 1. vel, ut alii, quod sit commodatum, cujusmodi duplex faciunt, scilicet quo res accipientis fiunt, & quo non fiunt. Etenim *substantialis* est mutuo dominii translatio, *pr. l. quib. mod. re contr. oblig. junct. l.* 20. *de acq. rer. dom.* & §. 41. *I. de R. D.* vid. quoque Honorat. Leotard. *d. tr. de usur. q.* 25. *n.* 31. & 32. ubi dicit de substantia mutui esse ut dominium transferatur, necnon *q.* 80. *n.* 12. ubi substantiale esse mutui, ut res fiat accipientis. Quod verò acceptum volumus ita, ut propriè substantialis sit mutui traditio rei ut fiat accipientis *s. n.* 12. Ex isto autem sequetur necessariò, in omni mutuo dominium transferri. Adeoque dominii translatio hic est consectaria illi, in quo substantia mutui posita est. Transfertur autem dominium non modò sec. principia juris civilis, *pr. I. quib. mod. re contr. oblig.* sed & nat. & gentium jure; Quoniam transit *ipsa res & pecunia mutuò data*, ita ut sit in arbitrio mutuatarii, ad quemcunque usum & modum, etiam ad alienationē. Hoc ipsum est quod Philosophi vocant Consequens. quod ea necessario sequitur in quibus substantia rei collocata est, *Arist.* 1. *prior. anal.* 17. & *seqq.* Ideoque etiam mutuum non est Ususfructus, *arg. text.* 1. *Rhet.* 5. sed vera plenaque proprietas. Multò minus Locatio est, quod nec in hac, nec in illo dominium transferatur, *l.* 39. *locat. cond. junct. arg. l.* 3. *de acq. rer. dom.* licet latè dicatur pecunia collocari, *d. l.* 33. *de usur.* Differt quoque manifestò à Commodato, *l.* 2. *pr. de reb. cred.* in quo res non fit accipientis. Quamvis *commodare* aliquando sit mutuum dare, *ut l.* 2. *C. de his qui ex publ. rat. mut. accep.* extensa significatione pro eo quod est ad usum concedere: ut accipitur Ciceroni *in offic.* & in Legib. Wisig. *l.* 5. *t.* 1. 8. & 9. Quin & in vernacula nostra Geld leihen/ vorstrecken: unde ipsum mutuum vor oder anleihen. Analogia enim est in commodato propriè tali & mutuo, ratione usus qui utrique communis. *Sed differunt quoad utendi modum, quia in illo semper sit salva substantia, unde idem numero debet reddi: in hoc res ipsius consumtione & dominii translatione: unde obligatio est ad idem reddendum genere.* Conf. qui talia rectissimè distinxerunt, Filliucium *de I. & I. tr.* 34. *c.* 10. *n.* 210. 212. 219. Joh. de Lugo *t.* 2. *disp.* 25. *sect.* 1. *n.* 1. Anton. Fern. de Moure *exam. Theol. mor. p.* 1. *c.* 14. §. 1. *n.* 2. Less. *de I. & I. l.* 2. *c.* 20. *n.* 5. *disp.* 1. Atque ex his quoque dependet decisio Quæstionis, *an mutuum sit alienatio?* Siquidem (ut rectus est) absolutè *consideres* & juxta naturā sui generis, *remotioris quidem & mediati,* est species conventionis, *si verò respectu proximi & immediati,* propriè & accu-

Finis mutui usus, ratione dominii.

Quomodo substantiale ipsi dominii translatio.

Unde non est ususfructus.

Nec locatio.

Nec commodatum

Q. an sit alienatio.

taté loquendo est contractus. At verò contractu posito, non ponitur statim alienatio. Indeque Aristoteles ἀμοιβὴν, mutuationem, refert ad commutationes voluntarias, 5.Eth.5. & disertè contractus dicitur mutuum in §.2.de j.n.g. & c.§.1.quib.mod.re contr.oblig.inst.§.f.de oblig.l.1.h.t. Alienatio vero non est; quia hæc, diversi generis, nec contractus est, sed actus (speciali significatu, arg.l.19.de V.R.) qui variè perficitur v.c. per traditionem in fundum, patientiam, amissionem &c. l.1.C.de fund.dot.l.ult.C.de reb.alien.non alien.l.28.de V.S.l.3. de usufr. Alienatio mutuum necessario sequitur, ejusque est consequens. Contractus est antecedens, item causa f. titulus, alienatio verò modus acquirendi, §.41. de rer.div.unde ille operatur obligationem & jus ad rem. arg.l.3.de O.& A.l.20.C. de pact.hoc dominium vel jus in re aliud, l.20. de a.r.d.d.l.f.C.de reb.al.non alien. Atque sic aliud est emtio venditio quæ perficitur consensu de pretio & merce, aliud traditio mercis venditæ & pretii solutio, d.§.41. Nec officit, quod in mutuo, quod re perficitur, res fiat accipientis, atque ita semper insit alienatio. Nam in hoc quidem specie differt à reliquis, præter consensum requirens res interventum, verùm propterea tamen genere suo proximo, quod contractus est, non excidit. Sed aliud adhuc est mutuum, aliud alienatio ipsum concomitans, ut aliud est ipse contractus qui aliquo perficitur, ab eo per quod perficitur. Quia vero quæ sunt ejusmodi sæpe confunduntur, hinc & mutuum alienatio potest dici per metonymiam in jure haud infrequentem (1) quia in omni mutui datione est actus quo dominium transfertur, h.e. alienatio, l. pen.h. pr.quib. mod. re contr.oblig. (2) quod ubi dominium non transfertur v.c. datione rei alienæ, non fit mutuum, l.2.§.2. h.l.13.eod. Et eadem ratione emtio quoque alienatio dicitur Aristoteli 1.Rhet.5.& Justiniano N.7.c.1. & seqq. quæ utrisque rectius est contractus 5.Eth.5. §.2. de l.n.g. & c. Neque istis omnibus contrariatur, quod mutuatarius tamen obligatus sit ad redditionem rei quam accepit, §.1.quib.mod.re contr.oblig. (unde dicitur debere æs alienum, l.11.C.si cert.pet.) mutuans vero habeat jus ad rem & actionem mutui personalem, l.5. C.quib.non ob. long.temp.præscr. Nam distinguendum, in rem quæ mutuo traditur & transit ad mutuatarium, & eam quæ ab eodem reddenda promittitur. Illa est certum aliquod individuum, cujus proprietas sine dubio omnis perpetuò transit, cum sit in arbitrio accipientis, arg.d.1. Rhet.5. Ideoque non est mutuantis: suum enim esse non potest, quod est alienum, (uno & eodem modo considerandi) Id in problem.sect.4. v.cur si. Nec traditor quippiam juris circa illam rem amplius habet, cum omne per traditionē transtulerit privatīvè; hoc enim actum est, ut creditor nullum haberet amplius rei dominium, sed tantummodo obligationem personæ quo ad tantundem, pr.l.de quib.mod.re contr.oblig. Nam in omni mutuo duo sunt substantialia, 1.datio rei, ut fiat accipientis (jure dominii) 2. obligatio accipientis ad idem quantitate reddendum, d.pr. ad Dn. Richter p.2.cons. 27.n.4. Et res quæ promittitur mutuanti, non est illud ipsum individuum, quod initio traditur, seu eadem res numero, sed species alia ejusdem generis æstimatione. Hæc itaque debetur mutuanti ex promissione, qui jus ad eam habet, l.3.de O.& A. Unde & rectè dicitur æs alienum, d.l.11.C.si cert.pet. quia est mutuantis quoad dictum jus circa rem quæsitum c.113. §.as de V.S.l.subsignatum.§.bona eod. Quin nec illud impedit, quod nihilominus videatur subesse identitas quædam, saltim ratione generis. Quia hæc est natura commerciorum, & συναλλαγματικῶν, ut in commutationibus voluntariis plerisque idem reddatur genere s. ratione æstimationis, juxta talionem proportionalem vid. Obs.f.8.de l. & l. p.8. Quomodo & venditor transfert traditæ mercis dominium, emtor reddit idem (non quidem simpliciter sed per proportionem) quod pretium. Et in aliis eadem ratio est. Attamen ut quantitas reddatur, hic est ex obligatione, quæ simul in omni mutui datione intercedit, d.pr. Atque hinc benè Dn. Tabor Quæstionem sic formavit, an in mutuo alienatio versatur? in redargutione elenchorum Salmasii de mutuo. Proque hac sententia faciunt quæ Carolus Annibal Fabrotus Antecessor Aquisextiensis in Epist.ad amicum protulit argumenta. (1) l. 2. §.2.de reb.cred. (2) l.2.§.4.l.13.eod l.7. C.si cert.pet. (3) quod condictio non detur Domino l.1.de furt.arg. l.75.f.de V.O. E. creditor alienando dominium transtulit in debitorem. (4) arg.§.2.quib.al.lic.l.3.de Sen. Maced.(5) l.34.mandat.(6) l.pen.de pig.(7) l.16.de R.C.(8) l.19.§.3.de don.l.33.§.1.C.eod. Addo (9) in quo negotio res fungibilis datur ut fiat accipientis, in illo subest alienatio l.1. C.de fund.dot. At mutuum est tale negotium, E. Minor probatur per pr.quib.mod.re oblig.contr. (10) Absurda est contraria sententia, quia 1.admittit creditori (ut domino manenti pecuniæ mutuatæ) ut dictum, dari condictionem, contra l.1.de cond. furt. nam condicens petit sibi dari, h.e. dominium transferri, l.75.§.f.de V.O. 2.Si pecunia mutuata manet in dominio creditoris, manet non in dominio propriè tali (quod est rerum corporalium) sed in latissimo significatu, ut pro patrimonio accipitur vel bonis creditoris, l.bona 49.de V.S. quat. obligatio reddendi tantundem est in ejus bonis, d.l. pecunia enim penes eum non mansit sed translata est. 3. Confunduntur ita dominium & obligatio (hanc habet creditor, non illud) 4. Ex mutuo sic non transiret dominium, sed ususfructus & possessio, contra certa juris principia; vid.pr.hoc tit. Et huc pertinet quod Vinnius ad §.2.l.quib.al.lic. cum de hoc sermonem haberem cum Salmasio, ait, hactenus quidem mihi assensus est, ut fateretur corpus rei, quæ datur in mutuo, alienari: sed negabat ex eo effici, mutuum alienationem esse, nisi materialiter: propriè autem & formaliter mutuum non posse dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis sive sortis, quæ diversum quid esset à data specie apud debitorem pereunte, & in qua propriè substantia mutui consisteret, uti rectè docuisset Car. Molinæus tr.de usur. & simul interventu aliorum sermo noster interruptus est. Potest autem, pergit Vinnius, admitti D. Salmasii sententia, si appellatione mei & tui, etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum, l.1.quod cert.loc.l.44.de condict. indeb.l.6.§.apud quæ in fraud.cred.l.91.de V.S. Propriè tamen loquendo nec ipsa sors nostra manet; nec enim quod nobis debetur, propriè nostrum est, l.34. de aur.& arg.leg. & ideo creditori non vindicatio sortis, sed tantum condictio datur, quâ intendat v.c. centum sibi dari oportere: nemo autem rem suam condicit aut sibi dari debere intendit, §.14.de act.l.f. in f.usf.quem car. Non male ergo à Cujacio mutuum definitur alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem per.C.si cert.pet.

N. XIV. Propriè tamen) Pluribus circa l.9.h.t. disputari solet an actio ex mutuo condictio sit generis, an specialis? Et Wesenb. quidem non negat actionem ex dicto contractu dicendam ex mutuo, s. actionem mutui, putat tamen eandem hic in specie vocari certi condictionem, quod displicet Bachovio in not. Certè non malè pronunciat laudatissimæ memoriæ JCtus D. Thom. Lindem. tr.de mutuo c.3.th.3. & Oldendorp. class.4.act.17. Interpretes frustra laborare de quæstione

Est contractus.

Non est alienatio propriè.

Quomodo possit dici alienatio.

Duo mutui substantialia.

Q. rectè formata.

Rationes Fabroti.

Aliæ addendæ.

Sermo Vinnii de hoc habitus cum Salm.

Vinnii judicium supra dictis conveniens.

Qualis actio ex mutuo.

hujus inutili discussione, maximè hodie, ubi actionis expressio non est necessaria. Exinde istiusmodi opinionibus neglectis, censeo simplicius & verius, *qua ex contractu mutui descendit, vocandam esse* actionem ex mutuo vel actionem mutui, 1. *per l. 5. C. quib. non obst. long. temp. præscr.* 2. quia conventio habens certum nomen & formam contrahendi, producit nominatam ex ea conventione actionem, *l. 7. §. 1. de pact. l. 1. de præscr. verb.* Quod *si tamen occurrat, si hæc actio vocanda esset condictio certi, an tum generalis, an vero specialis dicenda? faciendum omninò arbitror cum Ultramontanis J. Ctis* (Gallis) *qui* generalem *dicebant*, quæ sententia communis, juxta celeberrimum olim Juliæ nostræ Antecessorem Andr. Cludium *tr. de condict. c. 1.* Nam certi condictio est genus (ceu actio personalis,) quod prædicatur de pluribus specie differentibus, ergò & hanc ex mutuo continebit, ut generalis, *§. 15. de act.* Nec poterit ut species opponi illi quæ ex mutuo, cum duæ species hujus actionis non dentur numero differentes. vid. Dn. Frantzk. *comm. h. n. 31.* Condictio in generali est actio personalis, *nam ut rei vindicatio in genere dicitur de omni actione in rem, ita & condictio in genere de omni personali. d. §. 15. l. 25. de O. & A.* Specialis nominata est, vel innominata scil. præscriptis verbis, vel condictio in specie, *d. l. 7. §. 1. & pr. de pact. l. 2. de præscr. verb. t. t. de condict. ob turp. caus. t. t. de cond. caus. dat. t. t. de cond. indeb. t. t. de cond. sine causa, t. t. de cond. furt. t. t. de cond. ex leg.* At actio ex mutuo non venit nomine condictionis in specie, ut est cond. ind. ob caus. &c. sed ex speciali nom. contractus appellationem suam nominatam sortitur, E. si tamen condictio dicenda, erit non nisi generalis. Et juxta hæc *l. 9. h. tit. manifestò quidem est de condictione generali, sed non habet, quod ex mutuo nulla alia sit actio quam generalis illa condictio, quæ ex quolibet contractu.* Certum etiam hic petitur non simpliciter, verùm *cum adjectione ex mutuo pr. quib. mod. re contr. oblig.* Atque *Certi* dicitur condictio ratione materiæ, & propter certitudinem, quæ quidem & in aliis contractibus, sed hic exuberanter, *arg. l. 6. & 9. h. t. conf. Dn. Frantzk. comm. h. n. 30. 31. & seqq.* Vid. quomodo & quot modis ex mutuo ordinariè vel extraordinariè agi possit, Dn. Stuck. *p. 1. conf. 17. n. 97. & 98.* Cæterùm dicta exuberantia inde originem trahit, quod beneficio numeri, ponderis, mensuræ, exactè sciri possit, quomodo res mutuata æqualissimè secundùm principia justitiæ restituenda sit, ne alteri injuria fiat, & mutuans existat pluris usurpator. Quo ipso etiam liberior rerum usus promovetur, ut nobis non eadem res, ut fit in commodato & precario, sed, ut usus concessæ rei sit laxior, alia quæ ejusdem quantitatis, restituatur. Adeòque hoc genus contractus sui natura planè liberale est, & minimè mercenarium, habens originem ex naturali beneficentia hominis erga hominem. Per hoc namque quis suis rebus aliorum necessitati liberaliter ad tempus succurrit, ita tamen ut suo tempore restituantur. Et exindè exsurgit non indigna, licet politica magis quàm Juris quæstio, *utrum ex resp. in Rep. mutuum habere, nec ne?* Pro negante sententia est, quod apud Indos juxta Ælianum, lege hoc sit prohibitum. Idemque multò magis de mutuatione *Usuraria* dicendum videatur, cum Conrado à Summenhart *tr. de contract. licit. atque illicit. q. 48.* quod absque ea benè consistere possit Resp. plurimæ in eam utilitates redundent, si talis mutuatio non exerceatur, & contra eveniant inde multa incommoda si usurpetur. Atque exindè factum suspicari licet, quod in Recessib. Imp. quidem haut concessa legatur Christianis usuraria mutuatio per stipulationem, sine dubio ex opinione Pontificiorum, prædicta foventium; Judæis tantùm permissum fuit stipulari 5. pro 100. Reform. pol. de anno 1577. §. damit aber. qui loquitur von Wucher und an lehn. Verum enim verò sine commercio nulla hominum communitas potest regi seu conservari, *l. 1. de nundin.* Et mercatus altera pars est, quæ circa merces consistit; altera quæ circa pecunias versatur, ut eleganter demonstrat Aristot. 1. *polit.* & constat *ex l. 1. de contr. emp. l. quod privilegium. depos.* Per utramque autem fini civilis societatis optimo, indigentiæ supplendæ succurritur. Aristoteles *d. l.* magno bono civitatum excogitata putat ea commercia, quibus hominum inter ipsos benevolentia & mutua hinc inde beneficia provocantur. Ipsa etiã res & tractatio quotidiè docet mutuum apprimè in Rep. esse commodum, imò necessarium. Rationes verò Conradi, quas ipse, more suo, benè multas & acutas profert, falsâ nituntur hypothesi Pontificiorum, quasi usura) plerumquè mutuò accedens per stipulationem) intrinsecè & ex sui natura res sit mala & damnosa, de quo quod falsum sit, videbimus ad tit. de usur. Equidem licet in terris Pontificiis non usurpetur mutuatio usuraria ex stipulatione, sed ejus nomine ex tempore moræ saltim usuræ debeantur, juxta Rec. Deput. de anno 1600. §. so viel nun: annui census scil. reditus. Et hi tamen ipsi quamvis non stipulatione, tamen consensu constituti, usurarum sunt succedanei: Passim etiam in provinciis inferioris Germaniæ Evangelicorum istiusmodi stipulatio pactumve (hodie) usurarum mutuo adjectum, longè frequentissimum est, & processus hoc nomine usque decernuntur. Videri quoque possit in Const. Imp. anno 1654. noviss. ad §. de indaganda. Instr. Pac. edita, §. anreichend die künfftige Zinse. permissam fuisse adjectam mutuo ejusmodi stipulationem usurarum, verb. Zinse von vorgestreckten anlehn herrührig: neque id, juxta d. Recessum Deputat: so viel nun. de usuris, quæ mutui nomine ex mora saltim veniunt, intelligendum censueris. Nam quinque hæc verba nach anweisung der Reichs constitutionen, planè non habentur in Statuũ Voto seu concluso: quos verisimile est voluisse inductum in Imperio, ut etiam ex stipulatione, citra moram deinceps usuræ deberentur. De quibus plura, si Deus volet, docebimus in Interpretatione d. Const. *ad §. de indaganda* I. P. editæ, *in d. §.* anreichend. Addi potest de quæstione prædicta Joach. Hopper. *d. l. 1. verr. 1. de mutuo in f.* Dissentit quoad illa, quæ suprà attuli de actione ex mutuo, Andr. Clud. Juliæ nostræ decus olim Antecessor celeberrimus *tract. de condict. c. 1. n. 32. & seqq.*

Est nominata actio mutui.

Si condictio est generalis.

Unde certitudo in mutuo.

Natura & præstantia mutui.

An Resp. absque mutuo possit consistere.

Negativa.

Resp. Conradi.

An in noviss. Imp. Rec. permissum sit conv. usurar.

❧ (o) ❧

TITU-

TITULUS II. C.4.1.2.59.

De Jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.

1. *Continuatio tituli.*

SÆpenumero dixi, Pandectas ad formam & usum forensem esse compositas: ac continuam titulorum seriem interdum nova aliqua materia intersecari, judiciorum ordine ac processu id requirente. Cum itaque in mutui & rerum creditarum ambiguitatibus decidendis, maximus sit jurisjurandi usus, & ad id deficientibus in hoc genere probationibus perveniri soleat *Paul. lib. 5. sent. 15. & lib. 2. tit. 1.* adeo ut quidam non inverecunde dixerit, *Gell. lib. 16. cap. 7.* Emplastrum aeris alieni esse jusjurandum: merito ad materiam mutui & condictionis certi, hic de Jurejurando tractatus, quo condictionum ambiguitates expediri solent, adjungetur: quemadmodum & in Codice, uno titulo & Res creditas, & Jusjurandum pertractari, videre licet.

2. *Quid sit jusjurandum.*

JUSJURANDUM, est assumptio nominis Divini ad confirmandam jurantis fidem: *Bald. in Rub. hoc tit.* vel potius est invocatio Dei, qua petimus ut sit testis nostrae asseverationis, *Cic. lib. 3. offic.* & puniat fallentes.

3. *Quot ejus partes.*

Ex quo liquet, duas esse jurisjurandi partes: alteram Invocationem Dei, ut ipse καρδιογνώστης, testis sit nos vera dicere: alteram, Imprecationem nostri, qua devovemus nos poenis & vindictae Divinae, si fallamus. De speciebus paulò post opportunius dicetur, si prius causas exposuerimus.

4. *Causa efficiens.*

Causa efficiens Jurisjurandi est, quod quidem ad hanc materiam, institutumque nostrum attinet, alias Pactio ipsorum litigatorum, qui deficientibus probationibus, aut ut jurejurando res dirimatur, conveniunt, aut invicem illud in judicio deferunt, ut omnino praestandum vel referendum sit: aliàs vero authoritas judicis, qui in defectum supplementumque probationis, jurandi necessitatem alterutri litigatorum imponit, *l. 1. h. t.* Videtur autem consuetudine quadam in usum venisse, authore Gajo *in d. l. 1.* jurisjurandi religio, in remedium expediendarum litium: ut veritas quae humano ingenio erui non potest, ad Deum omnium rerum conscium referatur: eoque teste atque judice obscura explicentur. Postea Praetor suo edicto ejuscemodi religionem confirmavit, & sanctam esse voluit.

5. *Materia: & non esse temere jurandum.*

Materia circa quam, sunt res honestae & licitae: nec debet esse vinculum iniquitatis, *c. 1. eod. lib. 6.* neque obligatorium est, ut ajunt, contra bonos mores juramentum, *c. non est obligatorium, d. reg. jur. in 6. c. ubi c. cum contingat de elect. c. 2. de reb. Eccles. non alienandis, c. quanto, 18. de jurejur.* Ad quatuor autem fere jusjurandum adhiberi solet. Primò ad fidei promissionem, ut cum vasalles domino fidelitatem jurejurando addicit, *tot. tit. de forma fidelitatis in usib. feud.* aut magistratus Reipub. & alii alias, *l. de creationib. 20. C. de episc. aud. l. fin. C. de curat. furio. tot. tit. de form. fidel. in usib. feud. cum sim.* Quo in genere receptum est etiam juramentum, ut vocant, Assecurationis: *c. nimis, 30 de jurejur. c. solita, de major. & obed.* quod tam subditi quam exempti, ut personae Ecclesiasticae, domino territorii in quo praedia possident, praestare compelluntur, *c. nimis. §. vermes. de stat. reg. lib. ...* ... *Afflict. qual. jura. vasal. c. unic. §. cons. ales. & §. vasalli, de pace Const. Luc. in tract. feud. ad verb. fid. ... Princeps. num. ... & verb. qui quidem investiti. n. 9. & de homag. n. 13. & 14. Panor. Imol. & DD. in d. c. nimis de jurejur.* Secundo ad obligationem producendam, cum aliquis jurat se quid daturū facturumve: quod jusjurandum non obligare, *DD. in l. si quis pro eo 56. ff. de fidejuss. Bart. in l. ut jurisjurandi, de oper. liber. Las. in Auth. sacramenta, num. 7. C. si adver. vend.* impie docent, cum omne jusjurandum rei licitae sit servandum, *c. cum contingat de jurejur. c. quamvis, de pact. in 6. l. 1. cum Auth. C. si advers. vend. l. si quis major, 41. C. de transact.* nec minus jurejurando alicui promitti possit quam nudis verbis, *c. juramenti, 22. q. 1. c. 2. de pact. in 6.* Cui non obstat *d. l. si quis pro eo 56. de fidejuss.* ex qua generalem regulam exstruxerunt, Jusjurandum non esse modum inducendae obligationis. Loquitur n. in casu speciali, cùm ingenuus homo operas officiales promittit, tanquam libertus. Quod quia ingenuitati plane contrarium est, & L. improbatum, *l. ut jurisjurandi, 7. de oper. libert. l. pen. si à paren. quis fuer. manum. l. unic. de obseq. à libe. & lib. praest.* ideò non mirum est, eo casu jusjurandum in jure Romanorum nullam producere obligationem, *l. jurisgentium, 7. §. si pacisc. ar. 16 in fin. de pact. l. si quis inquilinos, 112. § fin. de leg. 1.* Tertio adhibetur, ad contractuum confirmationem, *d. l. si quis major. 41. C. de transact. l. 1. C. si advers. vend. cum Auth. seq. d. c. cum contingat d. c. quamvis.* Quarto, ad Litis decisionem, in supplementum vel defectum probationis: de quo jurejurando hic propriè agitur. De reliquis suo loco dicemus. Sed excepto primo & hoc ultimo casu, haud temerè ad ineundam confirmandamve obligationem est jurandum. Etenim nec viri boni est, ut dicebat Socrates, Deum suorum negociorum testem facilè accersere, neque supervacua juramenta aut deferenda sunt temere aut praestanda, *c. 2. de probat. Spec. de test. §. 1. num. 41.* Et extat apud Ulpian. *l. si duo 13. §. fin. h. t.* dictum, ὀμνύειν ... Quid quod Sacrae literae & Divina praecepta temerariam jurandi facultatem supremis damnant? *c. etsi Christus, de jurejur. Matt. c. 5.* Sed ut ad jusjurandum hoc nostrum judiciale revertamur, illud praestari inquit J. C. quacunque quis actione conveniatur: sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive poenali actione, vel quavis alia, *l. 3. § quacunque. ubi vide omnino glo. l. si duo. 13 § idem h. t. adde, si placet Schurff. consil. 47 quod in praesenti cent. 2.* Et in summa, ad pecunias & ad omnes res locum habet, *l. jurisjurandum 34. h. t.* Ad formam jurisjurandi requiritur formalitas, & specifica verborum expressio, ut loquuntur. *Dec. in l. semper 35. n. 13 de reg. jur. per tot. Panor. Ant. Butr. in c. pen. de jurejur.*

6. *Forma & finis.*

Forma vero conceptis verbis jurandi, veteri Romanorum more duplex fuit, aut enim testis invocabatur Deus, ut apud Virgil. 12. Æn.

Esto nunc Sol testis, & haec mihi terra precanti,
Et pater omnipotens: & tu Saturnia Iuno. Item!
Audiat haec genitor, qui foedera fulmine sancit:
Tango aras, medios que ignes, & numina testor.

Aut jurans sibi male precabatur, si fefellisset, verbis illis solennibus. Si sciens fallo, ita me Diespiter, salva urbe arceque bonis ejiciat, ut ego hunc lapidem. Silicem enim lapidem manu tenens imprecabatur, quem postea qua poterat vi projiciebat, ut est apud Plaut. Cic. Livium & alios passim. Utroque modo ex animi sententia, h. e. fide & conscientia bona juran pronunciabatur, *l. 3. § 4. ejusdem. 2. de testib. Cic. in. Aca. & lib. 3. Offic. Liv. lib. 21. Gell. li. 4. c. ult. Cujac. obs. li. 1. c. 20.* Sed prior forma, uti plenior & melior (nam & qui Deum testem invocat, simul se poenae perjurii obstringit) jure nostro recepta est, neque aliter quam per Nomen Dei jurari solet. *Panor. in c. 2. de sponsalib.* Unde qui per salutem suam jurat, aut per caput, licet per Deum jurasse videatur (respectu enim Divini numinis ita jurat, ut non sit salvus se si fefellerit: (attamen si non ita specialiter et delatum est, ut hoc modo juraret (jurari enim oportet, ut delatum est, *l. 3. § fi. h. t.*) minime jurasse videtur, *l. qui per salutem. 33 ... h. 4. & 5. h. t.* In judicio autem, si inter litigatores de qualitate juramenti fuerit dubitatum, conceptio ejus in arbitrio judicantis est, qui formam illam sequi solet, ut per Deum tantum juretur, *l. jusjurandum. 34. §. 4. h. t.* Et ita quidem apud veteres fuit observatum. Postea verò quam Augusti Christianam religionem professi sunt, moribus receptum fuisse videtur, ut tactis Sacrosanctis Evangeliis jusjurandum darent, *ut Auth. de sanctiss. Episc. l. rem non novam. 14. § patroni C. de jud. l. decernimus. 20 cum simil. C. de episc. aud.* Per nomen tamen solius veri Dei in nostra Christiana Respub. jurandum est, secundum praeceptum, In nomine Dei tui jurabis: ut divinis literis habetur expressum, *Exod. 23. Judic. 21. Deut. 6. & 10. Josua 23. Matt. 5.* Cum enim jusjurandum tantum uni Deo praestetur, *Anchar. consil. 192 in auxilium, num. 1.* & sit invocatio, quae soli Deo καρδιογνώστῃ & omnipotenti debentur, efficitur, & per hujus quoque solius nomen jurandum esse. Reliquae per Creaturas jurandi formae, etsi prava quadam consuetudine inveteraverint: tamen sunt, ut loquitur Christus Matt. 5. 37. ἐκ τοῦ πονηροῦ. Quamlibet ergo promissionem per fidem: non dico civilem, puta Principis, nobilis, boni viri, de qua fides simpliciter & absolute posita accipitur, nec vim juramenti habet: sed etiam per fidem Christianam, religiosam per baptismum, salutem animae, &c. factam, Papicolae Canonistae pro jurejurando habeant, extra quam ubi lex corporale juramentum in forma requirit: nunquam tamen ego pro jurejurando, sed potius vice piaculi ac sacrilegii habebo. Et quanquam in jurandi forma multum valet consuetudo, secundum quam juramenta sunt concipienda: tamen hoc ita accipiendum est, dum ne juri divino sint contraria, *Jas. in l. si unus. 2. quis satisd. cogan.* Unde videmus, solennitatem tangendorum Evangeliorum, quasi non necessariam, *Felin. in c. 2. num 14. de spons. per c. etsi Christus, de jurejur. Socin. in l. 3. § jurari. h. t. per § fin. in Auth. ut non luxur. contra nat.* multis locis omitti: & invocationem hominum mortuorum, ut impiam & jure Divino damnatam in curiis bene institutis repudiari. Nam nulla, quamvis inveteratissima consue-

consuetudine, juri Divino praescribi potest. *Bald. in l. 2. num. 1. & 2. & l. eos 27. C. de usur. Schurff consil. 83. praedicto num. 12. cent. 3. per not. in c. fin. c. venerabilis. c. ad audientiam, extr. eod.* Illud rectius usitatum, ut per nomen solius Dei, mares erectis duobus digitis primis, foeminae apposita ad sinistrum pectus dextera, in loco publico coram judice jurent. Quod vero & hic pro veteri Evangeliorum tactione jam in ordinationes imperii, moremque publicum irrepit, ut juretur hac forma: Ita me Deus juvet & sanctum verbum ejus: in eodem haeret vitio: nisi de verbo personae, qui est ὁ λόγος τοῦ θεοῦ, non de verbo literae Evangelii (ut fit) accipiatur. Haec enim gloria solius Dei, nempe invocatio, non est humano consilio tribuenda. Est etiam receptum, inter illustres praesertim & nobiles personas, ut loco juramenti per fidem Principalem, seu generositatis ac nobilitatis promittatur: quod pro vero jurejurando hab. et talaritium est *c. ad aures. ubi Panorm. num. 4. & 5. de his quae vi. met. caus. Host. de jurejur. num. 1. glo. in c. querelam verb. praestita ne praela. vic. suas, c. pervenit. de fidejuss. cap. 1. de sepul. in 6. Jaso. in l. 3. § jurare. numer. 3. de jurejur. c. ad Apostolicam. ubi Innoc. de re jud. Bald. in c. literas in fin. de praesum. Land. in tract. de princ. num. 258. & sic de notoria consuetudine & in Camera servari testatur Mynsing. observ. 17. cent. 1.* Quod admittitur alii, si per fidem Christianam promittatur: secus si per humanam aut absolute per fidem, quia de humana accipitur, *vide Covar. in c. quamvis de pact. in 6.* Ego vero haec omnia libens in vitio posuerim, cum impia sit qualiscunque jurisjurandi formula, qua per aliud quam viventem Deum juratur, impietatis vero nullum vinculum, nulla obligatio esse debeat, *c. non est. de reg. jur.* etiamsi Philosophia cuncta statuat, *c. etsi 25. vers. & quamvis. de jurejuran. c. considera. c. duobus. 22 q. 1.* Causa finalis jurisjurandi, de quo nos loquimur, est, ut lites expediantur, *l. 1. h. t.* & probationis defectus suppleatur, *l. qui cum 30. h. t.*

7. *Species.*

Species hujus jurisjurandi, quod ad remedium expediendarum litium pertinet, quod lites finit, *l. 1. h. tit.* de hoc enim solo hic agimus: sunt tres, quemadmodum & inscriptio istius tituli indicat: Voluntarium, judiciale, & necessarium. Voluntarium Graeci interpretes faciunt non id, quod extra judicium ex conventione defertur *l. jurisjur. 7. in princ. h. t.* (nec enim de tali genere in hoc conditionum, & judiciorum argumento tractatur) sed quod in judicio alter litigatorum alteri defert. *h. t. l. qui jurasse. 26. § 1. l. sed etsi. 25. l. ult. l. admonendi 31. in fin. h. t. quam de tali juramento accipiunt.* Potest enim ex multis causis recusare: *l. generaliter 12. C. de reb. cred.* potest referre semper is cui defertur, *l. jusjuran. 34. § ait. 5. h. t.* Ergo non nisi sponte & voluntarius jurat. Est itaque voluntarium cum respectu ejus qui defert, tum illius qui praestat. Necessarium statuunt, quod refertur: quia necessario praestandum est, *l. pen. hoc tit.* Judiciale vero, quod judex defert. *d. l. admonendi 3. C. eod.* Nec enim locus solus facit judiciale (alioqui omne quod in judicio defertur, & de quo hic agitur, sic appellatur) sed Judex ipse qui defert, à quo quae proficiscuntur, judicialia nominantur, *ut tit. de praetor. stipul.* quod à mero judicis officio proficiscantur, *l. 5. de verb. oblig.* Sed haec à communi nostrorum schola abhorrent, ubi statuitur voluntarium sive conventionale, quod ex conventione, per modum transactionis extra judicium defertur: *l. jusjurandum quod 17. l. si quis 30. h. t.* ita appellatum, quod ex voluntate & sponte suscipiatur. te. Judiciale, quod a parte parti in judicio defertur. *l. 1. t.* Necessarium, quod inopia probationis à judice litigatori imponitur. Id enim quia recusari sine justissima causa non potest, *l. generaliter. 12. §. si autem C. de reb. cred. c. fin. in princ. extr. eod.* necessarium nostris appellatur, Graecis ἀναγκαῖον. Sunt autem inter has etiam species quaedam nostris differentiae.

8. *De vero jurando voluntario.*

Jusjurandum voluntarium nemo cogitur initio suscipere: postquam autem semel ex conventione susceptum est, praestari omnino debet, neque referri deferenti potest, *d. l. jusjurandum 17.* Sicut enim initio libera potestas est unicuique habendi vel non habendi contractus: ita renunciare constitutae semel obligationi, adversario non consentiente, nemini licet. *l. sicut. C. de act. & l. in commodato 18. §. sicut, commodati.* Quod autem ad vim & effectum attinet: hoc jusjurandum speciem continet transactionis, majoremque habet authoritatem quam res judicata. *l. 2. h. t.* & loco solutionis cedit, *l. qui jurasse §. fin. cum l. seq. h. t.* adeo quidem, ut negocium isto jurejurando decisum, detecto etiam perjurio, aut novis repertis instrumentis, non retractetur: *l. 1. C. de reb. cred. l. admonend. 31. in fin. h. t. l. quod si deferente. 21. cum l. seq. de dol. mal.* quemadmodum nec alia quaevis transactio, *l. sub praetext. 19. & 29. C. de transact.*

9. *De judiciali.*

Porro judiciale jusjurandum deferre actor potest, etiamsi nihil praestiterit aut probarit, ut est communis opinio, *l. delata. 9. C. de reb. cred. l. manifestae. ubi Jas. h. t. & idem Jas. in l. admonendi h. t.* quod & jus Sax. sequitur: *Land. l. 1. art. 6. Fachs. diff. 52.* quo tamen jure, ante litis contestationem delatio ab actore (nam in reo, qui exceptionem lite demum contestata proponit, *vide inf. de except.* & jusjurandum defert, contra observandum esse arbitror) facienda est, nam ea pro mutatione libelli habetur, quae post litem contestatam recipi non solet, *C. hil. c. 66. Fachs. praeall. loc. Reinh. diff. jud. 1.* Porro reus ita delatum non praecise compellitur suscipere: sed si vult, potest id parti deferenti referre *l. jusjur. 34. § ait praetor. h. t.* Alterutrum tamen facere cogitur, nisi solvere malit: *d. §. ait praetor. l. delata. 9. C. eo.* cum manifestae sit turpitudinis, nolle jurare, aut non referre: *l. manifestae. 38. hoc tit.* Quod tamen ita verum est, si judex delationem jurisjurandi approbaverit *d. l. generaliter §. sed juramento. C. eo.* aut nisi reus, conscientiae religionem testibus, & idoneis probationibus supplere possit. *C. hil. praeall. loc. Salic. & alii in l. 2. & l. delata. 9. C. de reb. cred.* Qui autem jusjurandum hoc defert, prius debet jurare, si exigatur, se non calumniandi animo jusjurandum deferre *d. l. jusjuran. 34. § qui jusjuran. l. si non fuerit. 37. h. t. d. l. delata. Paul. lib. 2. tit. 1.* & si ei refertur, jurare omnino cogetur: aut denegabitur illi actio, cum non debeat ei displicere conditio jurisjurandi, quam primus detulit. *d. l. jusjurandum §. ait praetor.* Sed nec jusjurandum de calumnia referendi dabitur: quia non est ferendus actor, si conditionis nomine, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi jurari. *d. §. ait praetor. Cinhon. c. 67.* Quomodo enim juste insimulet reum calumniae, quando non ab illo, sed ab ipsomet actore necessitas jurandi sit profecta? Hoc autem juramentum de calumnia, speciale appellatur: & moribus nostris solum obtinet, reliquis calumniae juramentis, quae super tota lite praestantur, obsoletis. *Fachs. diff. 47. Reinh. diff. jud. 7.* Sane si parato adversario jurare, is qui detulit, remittat jusjurandum: id est, gratiam ejus faciat, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, perinde habebitur atque si juratum esset, *l. 4 § fin. l. 5. l. nam postea 9. § 1. h. t. l. actori. 8. C. eod. Paul. lib. 2. sent. 1.* Potest tamen jure civili (nam Saxonico permittere post Guarandum non licet, *Fachs. diff. 53. per art. 11 lib. 2. Reinh. diff. jud. 14.*) etiam non remittere, & ante praestitum jusjurandum illud revocare, atque probationes reverti *l. si quis 11. C. de reb. cred. Bart. in l. non erit §. fin. h. t.* Est & illud quaestionis, an per procuratorem jusjurandum praestari possit: *Auth. princip. C. de jur. prop. calum. unde Bar. in l. qui bona. § si alieno. num. 15. de damn. infect. ubi concludit posse. Land. lib. 1. art. 46. unde Dd. in c. fin. ext. eod. glo. fin. l. ad egregias. 15 hoc tit. quae contra concludit: sed opinio Bartol. servatur in praxi, pro qua text. in c. 1. de testibus lib. 6.* item, An per haeredem, si forte antequam juret, reus vel actor decedat: *l. generaliter. 12. C. de reb. cred. Jas. in l. admonendi. numer. 315. hoc tit. & in l. pen. & hoc judicium numer. 5. & 7. ne quis eum qui in jus voc. Rom. cons. 290. Land. lib. 3. art. 11. Reinh. diff. jud. 34.* quae in nostris Commentariis methodicis prolixius examinabuntur. Quod ad effectum attinet, nihil video hoc judiciale jusjurandum differre a superiore: cum ex conventione quodammodo descendat, eique stare litigatores velint. *l. qui jurasse. 26. §. fin. hoc tit.* adeo ut arbitter, sententiam post ejuscemodi jusjurandum civili jure non requiri, nam moribus aliter observari scio. Actionem enim denegari, postquam ita juratum est, imo actionem & exceptionem ex ejuscemodi jurejurando oriri, Jurisconsulti testantur, *l. nam postea. in princ. & §. 1. hoc tit.* & nihil amplius post jusjurandum quaeri ajunt *l. 5. §. dato hoc tit. l. post rem. 56. de re judic.* Ex quibus omnibus satis apparet, post datum hoc jusjurandum litigatores, quasi transactione aut solutione facta, *l. jusjurandum 27. hoc tit.* à limine judicii removeri: *c. 1. de lit. contest. lib. 6.* praesertim cum ulteriorem quaestionem Praetor edicto inhibeat.

10.

Necessarium jusjurandum praestare omnino cogitur is cui delatum est, nam parendum est voci judicis, *c. fin. ext. eod.* qui ejuscemodi jusjurandum quando scilicet à partibus est petitum (nam alioqui Judex officium suum non impartit, *Jas. post Bart. & Dd. in l. admonendi. num. 316. 317. de jurejur. ubi dicit hanc esse communem*) in defectum vel supplementum legitimarum probationum defert, *l. in bonae fidei. C. de rebus credit.* ubi neque nihil, neque plene probatum est: quanquam indistincte in judiciali jurejurando, delata conditione, omnino aut jurandum, aut referendum est, *l. delata. 9. C. de reb. cred.* ut diximus & usu observatur. Caeterum hic nulla probatione facta, reus debet absolvi, etiamsi nihil praestet, *d. c. fin. l. qui accusare. C. de edend.* si plene, condemnari. *l. cum res. 18. C. de prob.* Cum autem suspicionibus tantum oneratus est reus, deferre illi jusjurandum potest judex in defectum probationis; ut sese purget, *d. c. fin. eo. tit. de purga. can.* quod referri nequit, *l. 3. §. sicubi. C. de his qui ad Eccles. confug. glo. c. ult. verb. famosa de verbor.* Sin actor semiplene probarit per unum testem, aut privatam scripturam, aut aliis modis, ita ut judicis animus jam pene persuasus in causam actoris propendeat: huic potius

in sup-

in supplementum probationis, jusjurandum in causis civilibus (nam in criminalibus & aliis gravioribus, cum probationes justæ & luce meridiana clariores requirantur *l. fin. C. de probat.* huic jurejurando locus non est, *Dd. in d. l. 3. hoc tit.*) erit deferendum, & communi consensu traditur a Doctoribus: *Od. in l. admonendi. 31. hoc tit. in l. in bonæ fidei, C. eod. in cap. fin. extr. eod.* nisi (ut loquuntur) rei persona sit legalior, aut actor putetur veritatem ignorare. *Jas. in l. pen. §. hoc judicium num. 6. ne quis eum qui, &c. Bar. in d. l. admonendi. Lud. cap. 66.*

11. *Explicatio l. admonendi.*

Et si autem judices in dubiis causis, exacto ita jurejurando, secundum eum qui juravit judicare solent (sententia enim hic opus est, cum hoc jusjurandum fungatur non vice transactionis vel solutionis, utpote invitis partibus extortum, sed tantummodo probationis, *d. l. admonendi 31.*) tamen admonendi sumus interdum ex integro causam agi, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc usurus sit & probaturus falsum esse juratum. Nam quod dicitur, sententiam quæ transivit in rem judicatam: instrumentis nove repertis non retractari, *l. sub specie. C. de re judic. l. Imperatores 35. ff. eo.* non obtinet in sententia quæ ex probationibus privilegiatis, ut loquuntur, lata est, *l. fin. C. ad l. Jul. de adul.* præsertim falsis ac dolosis. *l. si prætor. 75. §. Marcellus inf. de jud.* ut constitutiones etiam Principum ostendunt, *l. 1. 2. 3. C. si ex fal. alleg.* quarum mentionem facit Cajus in d. l. admonendi. Jusjurandum autem necessarium, est probatio privilegiata & singularis, quia jurans sibi ipsi dat testimonium, contra communes juris regulas, quibus traditur, Neminem in propria causa idoneum esse testem: *l. nullus de testibus. l. omnibus C. eod. tit.* Si igitur sententia secundum jusjurandum data sit, poterit deinde ex novis instrumentis agi, & juramenti falsitas ostendi, *l. admone. C. de transact. l. 1. & tit. C. si ex fal. instr. l. admonendi. ubi Rom. Jas. dicunt. non opus esse restitutione hoc tit.* Res enim judicatæ non retractantur, quæ ordinaria cognitione ac probatione definitæ sunt, *l. 4. C. de re jud. l. Impp. 35. ff. eo.* non quæ inopia probationum ex religione & fide ipsius partis decisæ. Quod non obtinet, si inter litigatores jurejurando, sive voluntario, sive judiciali, transactum sit negocium: quia quod semel conventione mutua sopitum transactumque est, non debet iterum sub specie instrumentorum post repertorum retractari: præsertim accedente jurisjurandi religione, *l. sub prætext. 1. & 2. junc. l. si quis minor C. de transact. d. l. quod si deferente cum l. seqq. ff. de dol. mal.* Et hæc quidem breviter dicta sint de his speciebus jusjurandi, & effectu uniuscujusque. Alii porro alias juramentorum species ponunt: *Baldus. in c. 1. §. item sacramenta. numer. 2. de pac. fir. in usi. feud. Spec. de jura. delat. in prin.* videlicet Assertorium juramentum, quod nunc appellatur de veritate dicenda: & promissorium, quo quid promittitur: id quod rursus subdividunt in absolutum, quod per se datur: & accessorium quod cohæret alii obligationi, ejusque naturam & interpretationem induit, *l. fin. C. de non num. pec. l. fi. qui satisd. cogun. Jas. in l. si convenerit. num. 4. & 5. de jurisd. Schurff cons. 17 num 9. cent. 1.* Alii *Roman. in l. jusjurandum. 17. hoc tit. Jas. in Auth. sacramenta. numer. 9. C. si adver. vend.* tres statuunt species: videlicet Promissorium, Confirmatorium, & Decisorium. Theologi duas: Invitum, quo a magistratu imponitur: & voluntarium, quod sponte suscipitur, de quibus disputare, nostri jam non est instituti.

12. *Edictum prætoris.*

Quare nunc ipsum Prætoris edictum de jurejurando proponamus: EUM A QUO JUSJURANDUM PETETUR (ab alterutro nimirum litigatore, nam de judiciali jurejurando, Prætoris edictum loquitur) SOLVERE AUT JURARE COGAM, *d. l. jusjurandum 34. §. ait prætor,* (datur tamen ex humanitate facultas reo, ut si malit, referat jusjurandum) SI IS CUM QUO AGETUR, CONDITIONE DELATA (nam qui nemine deferente jurat, hunc Prætor non tuetur: sibi enim, non adversario juravit, *l. 3. in princ. h. t.*) JURAVERIT, EJUS REI DE QUA JUSJURANDUM DELATUM FUERIT, NEQUE IN IPSUM, (qui juravit) NEQUE IN EUM AD QUEM EA RES PERTINET, (ut successorem, aut alium, ad quem aliquod emolumentum ex jurejurando redit: verbum enim pertinere, latissime patet, *l. verbum illud. 181. de verb. signif. l. 1. §. in propria. quan. appell. sit, &c.*) ACTIONEM DABO. *l. 3. in prin. l. ait prætor 7. hoc tit.* Hactenus prætor.

13. *Effectus jurisjurandi.*

Sed & hoc per interpretationem placuit, ut non modo adversus jusjurandum denegetur actio, sed ex ipso jurejurando actio in factum, & exceptio detur, *d. l. nam postea. §. 2. h. t.* perinde atque ex re judicata. *l. admone. C. de re credit.* quod tamen quidam, sed perperam, in jurejurando duntaxat decisorio, non etiam promissorio, volunt obtinere, *Bal. in c. 1. § sacramenta de pac. fir. Jas. in Auth sacramen. nu. 9. C. si advers. vend.* Nam cum apud omnes populos, tum præsertim Romanos, magna semper vis, magnus effectus & religio fuit jurisjurandi, quacunque ratione, vel in judicio, vel extra judicium præstiti. Nullum, inquit, Cicero, *in Offi. lib. 3.* vinculum ad astringendam fidem jurejurando majores arctius esse voluerunt. Id indicant leges XII. Tabularum, indicant sacra, indicant fœdera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de [illegible] quam de jurejurando judicabant. Et merito quidem: exempla enim testantur, verissimum esse quod dicitur, ἀνδρὸς εὐόρκου γενεὴ μετόπισθεν ἀμείνων: contra religionem jurisjurandi contemptam Deum habere ultorem, *l. 2. C. de rebus credit. Herod. lib. 2.* & gravibus pœnis vindicari, ut non injusta dixerit Hesiodus:

> ὅρκος, ὃς δὴ πλεῖστον ἐπιχθονίους ἀνθρώπους
> πημαίνει, ὅτε κέν τις ἑκὼν ἐπίορκον ὀμόσσῃ

Sed quod dictum est, jusjurandum Deum habere ultorem, scilicet quo ad animam & conscientiam pejerantis, non eo inferendum est, perjuria dolo malo dicta etiam legibus non puniri. *l. si duo § si quis ubi Jas. 7 pœnas. ratione h. t. l. nam sufficit de dol. mal. l. fin. de crim. stell. Clar. in consue. Bur. tit. de rura 3. 18 verb. par. ment. nu. 28. cum seq.* maxime quando cum alterius injuria vel damno sunt conjuncta, *d. l. si duo §. ult.* etiamsi Imperator nisi quasi crimen Majestatis vindicans, si non dolo malo, sed calore iracundiæ per Principis venerationem fuerit pejeratum. *l. 2. C. de reb. cred. vide distinct. Bal. optimam. in l. si cum patruo 6. C. comm. utrius. jud.* Etsi enim tale perjurium non sit crimen majestatis, consentaneum tamen est, saltem stellionatum esse, ejusque criminis pœna puniri, *l. fin. de crim. stellion. vide tamen doctiss. Cujac. obser vat. lib. 2. cap. 19 & lib. 7. c. 19. & lib. 8. c. 7* quando alteri dolose perjurio nocitum est. Ac sane olim juramenta per Principem dicta, pœnas habuerunt civiles, perjurio patefacto, *d. l. si duo §. ult.* quasi ex contemptu venerationis principalis: ea vero quæ per Deum præstabantur, divinæ ultioni fuere relicta, per quam juratum esset, *d. l. 2. Tert. in Apol.* Sed cum apud Christianos, tantum per numen tale juretur, etiam in hoc genere perjuria constitutionibus recte puniuntur. *l. si quis, 4. Cod. de transf. l. pen. C. de dig. lib. 10. Novell. 117. Herm. lib. 2. tit. 2.* Sunt & alii complures jurisjurandi effectus: ut quod induat naturam actus cui accedit, *l. ult. C. de non num. pec. l. ult. qui satisd. cogan.* & tamen destituto principali, aut annihilato, non pereat velut accessorium, *c. 2. de pac. in 6. Mynsing obser. 2. Cent. 5.* habet vim casus expressi. *Bald. l. 1 nu. 4. C. com.* supplet præsentiam partis, *Cravet. de antiq. temp. §. 3. num. 45.* excipit authoritatem superioris, *c. venientes 19 eod. c. 1. de prob. feud. alien. per Fed. glo. c. sicjcuturi. 19 de rescrip.* accipitur secundum intentionem ejus cui datur, *c. quacunque. 22. quæst. 5.* intelligitur de præsentibus non futuris, *c. ad nostram. 35. eod. Mynsing. ob. 7. Cent. 1. gloss. verb. exterta, in Auth. sacram. C. si ad vend.* neque de nova causa, *c. quemadmodum. 25 eod. Boer. decis. 104 num. 22. cum seq.* ut si altera pars promissis non stet, *c. sicut. 29. in fin.* ut si res (ut feudum) administratur, cujus nomine juratum est, auferatur, pereat, *c. 5. eod. c. 1 de vas. qui con. cons. Luch.* item accipiendum est de licitis, non illicitis, *c. ad nostram. a[illegible] 2. good Ecclesiæ, in brevi. 17 eod.* publicove, *c. intellecto. 33 eod.* detrimentosis: excludit appellationem, *d. c. brevi.* & quamvis alias posterius pactum deroget priori, *l. pacta novis. C. de pac.* tamen hic contra est *c. venientes 6. c. intellecto. 33 eod.* nisi prius sit illicitum, *c. sua. 11 de venientes, eod.* probationem facit plenam, *gloss. c. verb. non probat. ne c. n. rec. feud.* etiam in enunciativis, *Cra. de antiq. temp. § 3 nu. 47.* semper servandum est, quando sine detrimento salutis servari potest, *c. cap. cum contingat eod. vide 22. q. 4.* supplet solemnitates. *Panor. d. c. cum contingat,* confirmat contractum, *c. 2. ubi Dd. num. 17 de pact. in 6. Jas. Auth. sacram. num. 33. C. si adv. vend.* tollit restitutionem in integrum *d. Auth. sacram.* adimit forum foro, *Jas. in Auth. sacram. num. 17. C. si ad ven.* excludit pœnitentiam, *gloss. in l. si pecuniam 8. ad verb. necesse, de cond. caus. dat. Alex. Imol. & Dd. in l. 2. § sed etsi. de dona.* paratam obligat, *Jas. in §. item si quis postulante. num 12. Instit. de act.* tacitum & effectum specifici consensus, *Bald. in l. 1. num. 4. C. commo. Alexand. in l. stipulatum. d. verb. oblig. & cons. 27. vi. num. 7. vol.* actis in ea ex rescript. de execut. executionis paratæ, *Bart. in l. 1 in fin. h. t.* causas [illegible] dicit sibi committenda. *Jas. num. 20. & in d. §. item, num. 20.* clausulæ derogatoriæ. *Bort. in l. omnes. nu. 5. de inst. & sur. Jas. in l. si mihi, 12 §. in legatis, num 3. de legat. 1.* sine nocente pacto, *l. si quis 41. ubi Dd C. de transact. &c.* obtinet. De quibus plura apud Dd. *Jas. in d. §. item Instit. de act. Dd. in d. l. si quis maior. Cano. in c. quintavalle tit. eod.*

14. *Adiacentia, affinia, contraria.*

Adiacent jurijurando boni mores, *c. non est de reg. juris in 6.* pietas, charitas, *c. etiam quidam eod.* securitas, simplicitas, *c. veniens 14. eod.* justitia, judicium *c. etsi 46. ubi gloss. verb. justitia ponit hos comites jurisjur. 10. per c. animadvert 22. q. 2. de-*

q.2. Ierem. 4. c. jurabunt 22. n. 2. libertas, *cap. si vero 8. c. verum 15 co. Dd. Auth sacram. C. si ad vend.* intellectus rei, & scientia, *c. quanta .8. eod.* Affinia sunt, promissio fidei, *c. 3. eod. Pabor. c constitutus, de trans. & d. c. ad aures de his qua vi. Covar. c. 2. de pact. in 6* aut fides loco jurisjurandi deferre data: quam non verum esse juramentum, ex eo liquet, quod non omne simile, *Bart. l. quod Nerva depos.* nec quod alterius loco ponitur, *Everar. à loco ad surrog. in fin.* sit idem, maxime hoc casu, ubi non conveniat definitio jurisjurandi, quod est Invocatio numinis religiosa, quæ hic abest. Contraria sunt: vis, *c. si vero 8. c. verum 15. c. cum contingat. 28. eo. ubi glo. ad verb vice. abbas de his qua vi met caus glo. Clem pastora. de jud* dolus *d. c. cum contingat. Auth sacram. C si ad vend. ubi Ias. nu. 29. c. licet eo in 6. c. 2 de pac num, 6. Imol c. quinta vallis. num 45. eod.* error, *c. quanto. 12. eod. c. homines, c. ult. 15. q. 1.* impubes ætas, *c. parvuli. 22. quæst. pen d. Authen. sacram* absolutio: *vide Mynsing. obser. 57. Cent. 2 obs. 99. Cent. 5.* quam nostræ leges à mitum Ethnicæ, concedunt Imperatoribus: *L. ult. ad municip. Bald l. 1. C de jur. aur ann.* ego vix permiserim Ecclesiæ, *c. si vero 2 & passim. extr eo Ias Authen. sacram num. 83. C. si ad vend. Paris. cons. 96 num. 87. vol. 2.* cum remittere nemo juramentum queat, nisi cui factum sit, *c. 2. de sponf.* sit autem Deo: quare obligationem hanc quæsitam, homo relaxare non debet, nisi ex Dei permissu, & patefacta in scriptura voluntate. At sacer ille sermo servari vult juramentum. *Num. 30. Ios. 9. Psal. 15. 24. Ezech. 17. Matth. 5.* Itaque vix videtur admittenda absolutio, nisi cum juramentum illicitum est & improbum, atque ita divinæ voluntati contrarium: de quo cognoscere Ecclesia potest.

OBSERVATA.

Definitiones A. examinatæ.

N. II. *Est assumtio*) Non accuratæ sunt hæ definitiones, ut notavit quoque Bachov. *Neque enim ipsa assumptio nominis divini est statim juramentum; & differt ipsa invocatio Dei ab ipso juramento.* Autori *Rhet. ad Alex. Reg c. 18. pr.* est dictio expers probationis, cum divinâ veneratione. Sed fortè agitur ibi magis de juramento necessario ob inopiam alterius probandi modi. Et obtinet quoque juramentum judiciale licet probationes adsint, *l. 12. C. h. t.* In genere dici potest *attestatio cum invocatione Dei conjuncta, seu qua Deus testis vocatur.* Vel *attestatio cum invocatione Dei super rebus honestis & licitis, ad confirmationem veritatis.* Aut, cum Covarr. *Invocatio Dei in testimonium.* Vel denique retineri definitio Bachovii potest, cui est *enunciatio religiosa sub obtestatione divini nominis aut Numinis.* Cum verò juramentum sit aliquid quo fit fides, *juxta Auth. Rhet d. l.* illud quidem non in hoc consistit q. rei veritas ita exhibeatur, ut fit per testes qui viderunt, & scripturas, quibus res ad sensum demonstratur. Ratio tamen fidei hic est, quia non credibile est, tantâ quemquam fore maliniâ, ut divinum testimonium expetat in confirmationem rei falsæ, i. Deum, qui summè bonus & summè verax est, adferere & verificare aliquid, ceu testem cupit, velit, quod falsum, simulque se ipsum devoveat, si falsum juret, ad æternum exitium, quod & ipsi Ethnici agnoverunt, *d. I. ad Alex. Rhet. 8.* Ideòque sec. extraordinaria principia, præcipuè in facto ambiguo s. dubio, tanquam Deo teste res terminatur. Cæterùm extra controversiam est non modò jur. gent. & civili probari juramenta, sed jure quoque naturæ esse licitum jurare, & ratione finis, *veritatis testanda,* tollendarumque controversiarum, & modi, cum fiat cum Numinis divini veneratione, & ratione objecti, quoad res ad Dei gloriam & commoditates hominum pertinentes. Unde & juri divino convenit *Deut. 6. v. 13. & 10. v. 20. Exod. 22. 11. Psal. 15. Rom. 1. 9. Gal. 1. 28.*

Dantur aliæ

Quom. fides fiat per juram.

Probantur omni jure.

Examinatur A. de causa eff. juram.

N. IV. *Alias pactio*) *Causa hæc efficiens non est juramenti in genere; sed saltem* Decisorii. Hoc enim facit vel pactio vel judicis authoritas. Pactio vel extra judicium, unde juramentum Voluntarium *l. 17. h. t.* vel in judicio; *unde* judiciale. Authoritas judicis *producit juramentum* Necessarium & in Litem. *Cæterum licet juramentum* ratione finis (*qui testatio veritatis*) & formæ (*quæ in testatione religiosa*) *quidem unius sit generis,* atque ita in formali sua ratione conveniant, *ratione objecti tamen dividi potest, in* Promissorium, Confirmatorium ac Decisorium; *juramentum enim versatur vel circa negotii* promissionem, *vel* confirmationem, *aut* decisionem. *Primum & secundum præcipuè sunt de rebus non controversis; ultimum tantùm est de controversis.* Promissorium, *cum jurato aliquid faciendum (de futuro) promittitur: est vel de* solâ fide, *dicique solet* fidei promissorium, *quo quis verbis in futurum conceptis, imput fidem vel* de re alia præstanda, *quod nonnullis dicitur* obligationis introductorium, *s. promissorium in specie.* Confirmatorium, *quod confirmat contractus præcedentes.* Decisorium *fit vel* solius religionis injiciendæ causâ *in judicio, & ferè quintuplex est,* de judicio sisti, calumniæ, malitiæ, dandorum & respondendorum, atque testimoniale: *Vel* litis decidendæ causa, *unde & Litis* decisorium *vocatur: idque vel* solius litis decidendæ, *vel ut &* debitor simul coerceatur ob dolum vel culpam. Illud *triplex est,* Voluntarium in specie sic dictum, judiciale, & necessarium. Hoc *dicitur* juramentum in Litem. Notari quoque potest, quod Suarez. *de juram.* & alii juramentum, itidem ratione materiæ & enonciationis ad quam firmandam adhibetur, dividant in *Assertorium* (quo quid asseritur, in primis præsens vel præteritum) & *Promissorium* (quo futurum quid promittitur.) *Hoc sensu ad prius genus pertinent 1. juramenta decisoria. vol. jud. & necess. 2. jur.* testimoniale, *de expensis taxandis, in litem. Veritatis* (*quo verè asseritur juxta certam quæ de re habetur scientiam*) *& Credulitatis, quo sec. justam de re opinionem. Posterioris generis sunt 1. quod promittitur super contractu præcedente,* aliàs *confirmatorium. 2. promissorium* fidei & obligationis: *item judicio sisti, calumnia, malitia, dand. & respond.* Ad species jurament. & illud quod Perhorrescentiæ vocant *ex c. statutum, §. vero de rescript. in 6.* pertinet, quo quis asserit, se valde timere, ne ab inferiore judice habeat & incorruptam impetret justitiæ administrationem, de quo videre licet Henr. à Rosenthal. *de feud. c. 12. concl. 4. n. 63.* Roding. *in Pand. Cam. l. 1. t. 15. n. 12.* ubi in not. additur, hocce jurament. in Camera non planè esse extra usum, præjudiciis adductis. Tennag. *tr. de process. decern. class. 3. n. 13.* add. Mich. Pancrat. *diss. de jur. perhor.* Aliam quoque speciem facit juramentum Diffessionis, quo scripturas recognoscere renuentes, easio Saxonico foro diffiteri tenentur, quo de Carpz. *de process. tit. 12. art. 5. n. 26. & seqq.*

Confirmatorium. Decisorium.

Vel est Assertorium & Promissorium.

Jur. Perhorrescentiæ.

Juram. Diffessionis.

Juram. unum est ratione formæ & finis.

Dividitur ratione objecti.

In promissorium.

N. V. Circa materiam juram. ista hic occurrunt notanda. I. Ad jur. assecurationis *pertinent in genere omnia juramenta quibus* fidelitas vel fides de futuro *promittitur, ut homagium* Huldigung oder Erbpflicht/*vasallis juramentum* Lehenspflicht/ *juram. clientelare, domesticitatis &c.* Conf. Besold. *thes. pr. v.* Huldigung / *n. 70.* II. Quæstio est *de jur.* promissorio in specie (*h. e. quo quis simpliciter, non adhibito vel prævio aliquo contractu, promittit se quid daturum vel facturum,*) an producat obligationem; Dd. Comm. & rectè distinguunt *inter jus civile & canonicum.* Illo jure ordinariè nulla exinde obligatio est, civili ratione. *1. arg. l. 95. § . 4. de solut. junct. l. 5. C. d. legib. 2. quia jur. civ. obligatio producitur vel ex contractu, pactove legitimo, aut adjecto, vel ex delicto. Sed juramentum promissorium nihil tale, sed potius actus quidam est, non inducenda obligationis, sed inducta jam probanda vel confirmanda; qui quidem* [illegible] *quando fit per*

Ad juram. assecurat. quæ pertineant.

Promissorium merum jure civ. non obligat.

conven-

conventionem, *arg. l. 7. h. t. ſed tamen differt ab ipſa conventione.* 3. quia nec pactum nudum, quale ferè ineſt juramento, jure civili obligationem producit *l. 7. §. 4. de pact.* Excipitur caſus in *l. 56. de fidejuſſ. l. ſ. de liber cauſ. l. ſi quis de fidejuſſ. ubi obligatio ex principiis ſingularibus naſcitur ex liberis jurejurando* : quod ad alia pacta eod. jure minimè extendendum, ceu facit poſt Covarr. in *c. quamvis de pact. in 6. p. 1. §. 2. n. 4.* Joh. de Lugo *diſp. 22. ſect. 8. n. 204. Attamen cum omne promiſſ. juram. de re honeſta & licitâ in ſe contineat promiſſionem*, quin jure nat. & gentium ex iſta promiſſione ſit obligatio & actio, *non eſt dubitandum* : quomodo accipiendus Bach. *in not.* Includit enim duo, 1. non modò *propoſiti faciendi*, ſed etiam *ad id ſe obligandi*, 2. *verum faciendi quod juratur.* Unde ſubeſt obligatio *directa & ad hominem*, & ad Deum : *ſeu juram. hoc* auget extenſive obligationem ſimplicis promiſſionis, per vinculum religionis, Filliuc. *tr. 25. c. 4. n. 104. 118. 119. 120.* Dn. Hornei *Theol. mor. c. 2. §. 11.* Ut verò ex illo nulla obligatio eſt jur. civ. ita nec actio. Jure Canonico ejuſmodi juram. obligationem producit, *c. per c. 9 verſ. quia juramento de arbitr. c. ex reſcripto de jurejur. c. ſ. de for. comp. in 6.* 2. *quod eodem jure non diſtinguatur inter ſimplicem & juratam promiſſionem c. juramenti 22. q. 5.* Diſſ. Weſ. hic utrumque jus confundens. Neque adverſatur *auth. Sacramenta puberum. & l. 1. C. ſi advers. vend. l. 41. C. de tranſact. quia agunt de juramento confirmatorio.* Jung. D. Mæſtert. *de juſt. ll. Rom. l. 2. dub. 23. Malè verò hoc adducitur c. cum contingat. de jurejuran. & c. quamvis de pact. in 6. cum quæſtio Autoris ſit ſaltem de jure civ. pro cujus aſſertione nil faciunt fundamenta juris Canonici, manifeſtè hoc diſcrepantia* : adde Setzer. *de juram. lib. 2. c. 1.* ubi Weſenb. latè refutat, Rittersh. *in differ. jur. civ. & Canon. p. 400.* Bach. *in not. & ad Tr. b. t. 2. lit. A.* & Hug. Grot. ad Matth. 5. 33. *verb. ἀποδώσεις*, quem locū cum Num. 33, 3. commodè interpretatur de juram. hoc promiſſorio. III. Confirmatorium juramentum adeo corroborat contractus validos, *ut neque per reſtit. in integr. neque per ullum aliud remedium reſcindi poſſint, neque ab ipſis contrahentibus, neque ab heredibus eorum*, ſec. *d. l. 1. & Auth. ſeq. C. ſi advers. vendit.* ubi Dd. Sed Quæſt. eſt *an contractus ſ. actus etiam invalidi ſic confirmentur*? Diſtinguendum eſt inter jus civ. & canon. Illo jure nulla hæc confirmatio, *per l. 7. §. 16. de pact. l. ult. 2. § ſ. de leg. 1. l. 5. C. de leg. Nov. 51. pr. quod ibi poſſit eſſe accidens (confirmatio) ubi nullum eſt ſubjectum h. e. actus eodem jure validus. Et ita illo jure non valet donatio inter virum & uxorem, donatio 500. ſolidos excedens, l. 34. C. de donat. pactum ſucceſſorium acquiſitivum, vel renunciativum hereditatis, licet juramento confirmentur.* Jure Canon. juramentum etiam contractus *jure civili invalidos* confirmare poteſt, & ex eo obligatio producitur, (1) per *c. quamvis de pact. in 6. c. cum contingat. de jurejur.* (2) quod eo jure non ſpiciatur, ut civib, an contractus etiam valeat, *ſed utrum id quod promiſſum, jure naturæ* & divino *haud ſit contrarium, ideoque ſervari poſſit ſine diſpendio ſalutis æternæ, d. c. cum contingat.* & juramentum tribus ſuis pediſſequis non ſit deſtitutum, *c. etſi Chriſtus, de jurejur.* Gail. 2. *obſ. 30. n. 12.* Invalidi autem jure civili contractus hic dicuntur in hypotheſi. Nam quicunque aliàs quoad ſubſtantialia, v. c. conſenſum, vel aliam qualitatem ſubſtantialem, ut quod turpitudinem contineant 1. *Sam.* 25. invalidi ſunt, vel quod bono publico *immediatè* contrarientur, *c. 12. de for. comp.* nec jure Canon. confirmantur, Vid. Joan. Gutierez. *ſing. tr. de juramento confirmatorio.* Filliuc. *d. tr. c. 7. n. 207. 208. & ſeqq.* Grot. *de 1. b. & p. l. 2. c. 13. n. 6. & 7.* & in annot. ad Matth. 5. 33. ubi ex Polybio refert, *rarum fuiſſe veteribus Romanis uſum jurisjurandi, imo & teſtium ac ſignorum in contractibus, quod vix inveniretur qui datam quovis modo fidem læderet.* Add. noviſſ. Joh. de Lugo *d. diſp. 22. ſ. 8. n. 206. & ſeqq.*

Secus jure gent. & nat.

Et jur. can.

Reſpond. Weſenb. diſſentit.

Confirmatorii effectus.

Contractus jur. civ. invalidi ſic non confirmantur.

Secus jur. can.

N. VI. *Neque aliter*) Hæc deſunt in editione illa Colonienſi quæ habet notas Bachovii ; truncata ab Acad. Duacena, uſque ad verſ. *ſed de forma jurisjurandi &c.* Poſt verſic. *in arbitrio judicantis eſt*, in vulgatis editionibus ſequuntur verba : *qui formulam illam ſequi ſolet ut per Deum tantùm juretur. l. 34. §. 4. h.* quæ una cum textu alleg. itidem mutilata videbis in dicta editione. Sed & à §. *Per nomen tamen ſolius veri Dei.* reliquum omnia lituram iiſdem arbitris meruerunt, uſque ad finem fere hujus num. *verſ. cauſa finalis.* Cæterum agitur h. n. *de forma juramenti* quæ duplex, *ſubſtantialis, & accidētalis.* Illa conſiſtit in teſtatione religioſâ, vel obteſtatione Dei ſeu divini Numinis, per textus ex ſacro Codice à Weſ. adductos. *Add. Jer. 12. 16. l. 1. h. l. 6. C. eod. t.* Et arcentur itaque in abſtract. hic (1) *juramenta quæ fiunt* per falſum Numen, à aliud quod Numen non eſt, *l. 5. §. 3. h.* ut Turcarum per ſuum *Mahomet, Ethnicorum per ſydera, creaturas. genium Principis, c. 2. 6. de jurejur.* etiam *Angelos aut Sanctos* : qualia & in jure civ. repeniuntur, *l. 13. §. ſ. h. N. 8. in fin. rubr. l. 41. C. de tranſ. l. ſi duo. §. ſi quis h. t. l. 2. C. de R. C.* quia in eo per quod juratur, *ſupponenda eſt* veritas infallibilis, ut teſtimonium certiſſimum exhibere poſſit, *quale in prædictis nullum* : Adde Paganin. Gaudent. *de Juſtinianei ſeculi moribus p. 1. c. 6.* ubi cenſet non approbari ſtatim formulam juramenti quæ recenſetur *in l. 2. C. de R. C. & l. ſi duo § ſi quis h. t.* moremque fuiſſe tunc jurare per genium Principis, non quod jurans putet eum eſſe conſcium veritatis, ſed quod poſt Deum nihil cum Cæſarea Majeſtate conferri poſſet, quodque putarent iſtius tempeſtatis homines proximè ad Numen accedere Imperatorem. Veruntamen *juramentum conſideratâ gentilis opinione, ſ. quod præſtitit gentilis propria ſuperſtitione, ex opinione ſua religionis, eum obligat. l. 5. §. 1. h. Stryp. 14. 27. 28. & ſeqq. Licet & ab illo exigere in re gravi* caſuque neceſſitatis (exemplo Jacobi ratum cenſentis jur. Labani in quo Deos gentilium miſcuerat, *Gen. 31. 53 junct. Joſ. 24. 2.*) *quod hoc in ſe bonum ſit, nec æſtimandum ex deferente ſi quid jurejurando committatur, ſed ex præſtante.* Grot. *d. c. 13. n. 11. 12. & ad Matth. 5. p. m. 105 & ſeqq.* Dn. Hornei in *Theol. mor. c. 2. §. 8.* (2) excluduntur quæ fiunt per quidem humanam. Ubi notandum, *quod quidem hujuſmodi promiſſiones* (*quæ contractibus frequenter adjici ſolent*) non ſint vera juramentà, *cum formali juramenti ſc. obteſtatione religioſa, deſtituantur, undeque qui ea non ſervat* fiat perjurus; *attamen* pro juramentis habeantur, quoad vim obligandi, & quoad remedia reſciſſoria removenda, ſec. Mynſing. 1. *obſ. 17.* Gail. 2. *obſ. 59.* Ejuſmodi etiam ſunt ſi promittatur, an Eydesſtat oder an rechtgeſchwornen Eydesſtat/ bey Fürſtl. Gräffl. Adlichen Ehren/ Trew und Glauben/ bey Chriſtlichen trewen und guten Glauben : vid Beſold. *theſ. pr. v.* Eydt *n. 28. & ibi* Speidelium *in addit.* ubi *promiſſione ſub fide humana ſ. politica dicit fieri vel ſub dignitate vel honeſtate.* Et hæ omnes quidem juramenta ſolennia non faciunt, at quæ Dei invocationem implicitè continent, bey Gott/ bey dem Wort der ewigen Warheit/ ſeiner Seelen Seeligkeit / vera juramenta quin dicenda ſint, planè non eſt dubitandum, *Ruth.* 3. 13. Cypræ. *de ſponſal. c. 8. §. 16.* Frantzk. *comm. h. n. 16.* Dn. Mev. 1. *dec. 46.* *Forma* accidentalis *conſiſtit in* ſolennitatibus *juramento præſtando adhiberi ſolitis, lege vel moribus, ut quod mares erectis duobus digitis primis, fœminæ oppoſita ad pectus ſiniſtrum dexterâ jurent, idque fiat quandoque apertis januis, feneſtris, nudatis capitibus eorum qui adſunt, & ſtantibus iiſdem. Eò ſpectant etiam varia juramentorum formulæ.* Sicque præſtitum juram. dicitur corporale, *l. 1. C. ſi adv. vend.* Cörperlicher

Weſ. hic truncatus.

Forma juramenti in genere. Obteſtatio Dei.

Excluduntur falſi Dei.

Forma accidentalis.

cher item gelehrter Eyd. Besold ab pr. v. Eyd. n.28.

Quid. jur. vol. judic. & necess.

N. VII. *Sed hac)* Cum Græcis quidem facit Cujacius, *verùm eorum sententia nec legibus convenit, nec in praxi recepta est.* Voluntarium *dicitur à mera voluntate partium*: extra judicium delatum: At judiciale, *quod licet eadem voluntate partium fiat, in judicio tamen judice probante defertur. Nec obstat quod utrumque ex conventione fit; ita enim & omnes contractus consensu constant, unum tamen genus illorum dicitur solo consensu constare, reliqui præter consensum etiam aliud quoddã requirunt,* vide Setzer. *de juram. lib. 4. c. 1. n. 11. & 12.* Necessarium vocatur, in primis quod detur ex necessitate, ob defectum probationis, *arg. l. 31. h. t.* juxta principia justi extraordinaria, ex ordinariis enim & consensu fluunt voluntarium & judiciale.

Volunt. jur. cur nõ retractetur
Exceptiones.

N. VIII. *Non retractetur) Tum per textus citatos, tum propter principia agentium s. consensum partium, quia in simpliciter voluntario juramento habet effectum contractus, arg. l. 5. C. de O. & A. junct. §. 11. I. de act.* Exceptio tamen est ratione circumstantiarũ, 1. *si ea lege conditioneve delatum sit, aut conventum, ut detecto postmodum perjurio retractetur, l. 1. C. de reb. cred. & de jurejur.* 2. *ubi quis juravit hæredem sibi debere ex testamento, idque per præstitum juramentum consecutus est; tum enim, si postea appareat hæredem non debere, id retractatur. l. 13. C. h. t.* Ratio justi est favor ultimæ voluntatis: sicut enim non potest transigi nisi inspectis verbis testamenti, ita nec jurari, aut valere juramentum, nisi verè constet, verum debitum subesse, *arg. l. 2. h. t.* 3. in casu *l. 28. § fin. eod.*

Quid deferre juramentum judiciale.

N. IX. Plura hic obveniunt de juram. judiciali notatu dignissima I. Juramentum deferre (*aliàs dictare, inferre, ab aliquo petere*) est provocare aliquem ad jurandum, & quasi necessitatem jurandi ipsi facere, den Eyd einem anbieten/

Quid referre.

cui opponitur referre juramentum, den Eyd wieder heimschieben. *De hoc juram. judiciali insignem præ cæteris tractatum scripsit Vincentius Carocius.* Wesenb. quoad illius delationem distinguit inter jus commune & Saxonicum. Illo jure

Jure communi defert actor & reus usque ad sententiam.

potest hoc deferri *ab actore reo* (aut vice versâ, *à reo actori*) etiam si nihil sit probatum, *ita ut vel statim initio deferatur, ante vel post litem contestatam, antequam testes vel instrumenta producantur, vel ubi ea quidem producta, sed nihil probari potuit, usque ad sententiam definitivam,* 1. per clarum textum *l. 12. ibi: vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, C. h. t.* ubi textus sunt generales 2. quod utrobique militet ratio *in l. manifestæ. h. t.* add. *l. 35. in pr. h. t. l. f. C. de fideic. l. f. §. 10. C. de jur. delib.* ubi textus habentur speciales. Hucque pertinet quod juramento adhuc locus sit, cum sententia probationem simpliciter injunxit, Dn. Mev. 4. *dec. 6.* nec non in instantia secunda, ubi quis in prima ex defectu probationis succubuit, Idem 4. *dec. 5.* Nisi ejus, cui defertur juramentum, intentio jam sit fundata, Idem 3. *dec. 260.* obtento enim fine, mediis quid opus est? Cæterùm exactius modò hæc

Distinctio notanda.

perpendenti distinguendum omnino est inter jus Saxon. vetus & novissimum s. Electorale, vid. Berlich. *p. 1. concl. 18. n. 55. vers. hodie.* Dn. Frantz. *comm. h. t. n. 18.* Diss. in genere Bachov. *ad Tr. disp. 21. th. 9. C. 1.* Mæstert. *ad l. 31. h. in var. tract. in q. an reus jur. judiciale recusare possit, si actor nihil probavit, præcipuè 1. per l. 4. C. de edendo quod actore non probante reus absolvatur, ideoque actor ad juramentum non sit admittendus, 2. per l. 7. C. de testib. quod reus non debeat suppeditare actori probationes. 3. per l. 11. C. h. t.* Verùm responsio facilis est. Nam 1. brocardicum illud in *l. 4. C. de ed.* obtinet

Respond. Bachovio dissentienti.

regulariter, non autem præcisè, ne quidem in juramento necessario, *arg. l. 31. h. t.* multò minùs in judiciali *d. l. 12. C. h. t.* Matth. Coler. *p. 1. decis. 122. n. 1. 2.* & hoc casu neglectis probationibus adversarius in propria causa testis constituitur, quod sine turpitudine non potest recusare, *d. l. 38.* Denique 3. *l. 11. C. h. t.* de

Explicatio l. 11. C. h. t.

casu planè dissimili agit, sc. quando quis ab initio juramentum detulit, postea verò cum speravit se habiturum probationes, pœnituit & juramentum revocavit: tandem verò cum probationes deficere videret, ad juramentum rediit, quo de videri meretur D. Mevius *p. 3. dec. 201.* Jure Sax. ait Wesenb. hîc duo singularia

Jure Sax. actor defert ante lit. cont. Reus post super suis except.

esse, sc. (1) quod hoc juram. non possit deferri nisi ante litem contestatam, (2) postea reus possit, non possit actor, quod ille exceptionem demum lit. contest. proponat. Equidem prius expeditum est jure illo Sax. communi, *per textum* in Landr. *lib. 2. art. 21. Et debet actor eodem jure tale juramentum deferre in initio, ante guarandam præstitam & litem contestatam; quia proponens libellum simpliciter, quem deinde præstita guaranda (deferendo illud juramentum) vellet variare, diceretur qualitatem ejus libelli mutasse, quod ei facere integrum non est,* Coler *d. decis. 122. n. 4. & 5. & dec. 109. n. 3.* Carpzov. *processu jur. tit. 11. n. 426. l. §. 8. n. 98.* Posterius non pla-

Respond. Bachovio dissentienti.

cet Bachovio *in not. hic.* quod juramentum non deferatur per modum exceptionis. Verùm ipse, ut videtur rationem Autoris, quam ineptam vocat, non intellexit. *Nam quando Wesenb. ait, quod reus exceptionem suam demum lite contestata proponat, non putas à reo etiam juramentum proponi per modum exceptionis: sed cum id super exceptionibus opponendum sit, quas ipse ante litem contestatam non potest producere, etiam non possit non reus hocce juramentum deferre post litem contestatam.* Conf. Coler. *d. dec. n. 14. & seqq.* Quod autem dictum supra, actorem posse deferre juramentum, etiamsi aggressus esset probationem & in ea defecisset, *arg. l. 12. C. de R. C.* ejus ratio est quod non est prohibitum pluribus uti probationibus, ceu pluribus obtinendi modis, Facit *l. 11. C. de R. C.* Bach. *ad Tr. 1. Disp. 21. th. 9. L.* Henr. Nebelkra *decis. 12.* sed consule quoque Carpz. *de proc. tit. 12. art. 3. n. 26.* II. Quando Reus exigit juramentum ca-

Actor præstat quandoq; jur. cal. & jud.

lumniæ & nihilo minus postea refert delatum juramentum, utrumque & principale & calumniæ actor (qui detulit) præstare tenetur; *nam nec delatum judiciale nec calumniæ referre potest; cum ab ipso proficiscatur necessitas jurandi; & aliàs reus absolvitur.* add. Carpzov. *proc. jud. tit. 11. art. 4. n. 25.* Juramentum au-

Jur. cal. quando locus.

tem hoc calumniæ saltim locum habet tunc, *quando partes litigantes deferunt jusjurandum, ob doli, qui subest, præsumtionem.* In juramentis verò quæ vel *à judice* vel *à lege* deferuntur, ideò locum non habet, quod in lege vel judice deferente ejusmodi malitiæ vel calumniæ cesset præsumtio, Setzer. *d. lib. 4. c. 5. n. 23.* Cæterum de juram. hoc calumniæ eleg. tractatum conscripsit Anton. del-Re Tiburtinus, quem casibus controversis consuluisse non pœnitebit. III. Rectè affirmat We-

An hoc jur. per procurat. præst.

senb., per procuratorem præstari posse hoc juramentum, & probatur porrò *arg. l. 14. §. f. & l. seq. de constit. pecun. l. 9. § 6. l. f. § sed etsi 2. h. t. c. f. de jur. cal. in 6.* Conf. Everh. à Bronchorst *in lib. enant. 2. assert. 29.* licet enim juram. sit actus personalis, ideoque & personalis ejus obligatio; secus tamen est ubi alter pro altero jurandi mandatum habet; tunc enim mandans exinde obligatur, ceu ex contractibus qui alterius nomine possunt celebrari, *juxt. princ. human. act.* vid. *c. tibi Domino dist. 63. c. optatum dist. 100.* Add. Dn. Lauterbach. *tract. Synops. de juram. in gen. §. 5. vers. ubi & vers. hoc ita.* ubi di-

Affirm.

cit, *procuratorem in toto actu potius nunc u vice fungi ac nudum ministerium præbere: sicque essentiæ juramenti absoluto non repugnare præstationem juramenti per procuratorem in alterius animam,* licet hoc singulari de jure-

jurando

Contra D. Oldec sentent.

Rationis. 1 2 3 4

jurando in alterius animam dissertatione D. Justus Oldecop oppugnaverit. Neque enim est contra jus naturale, quod admittit sese ut per epistolam, ita & per nuncium explicare, quidni & per mandatarium? Accedit *arg. l. 1. pr. de pact. & c. ult. de procurat. in 6.* quod talia etiam in personalibus admittit fieri per procuratorem. Jus divinum tale nullibi prohibet, sed hactenus sese potius negativè habet, quàm positivè: vid. quoque Vinc. Filliuc. *quæst. moral. tr. 25. c. 8. n. 114. & seqq.* Cumque ex seres sit indifferens an per procuratorem id fieri queat, non mirum quod statuta de his varient. IV.

An ab hærede. Neg.

Jure communi *heredi vel alii successori, cum quo judicium coeptum non est*, juramentum super facto defuncti deferri non potest, *l. 11. §. 2. rer. amot. l. 4. de in lit. jur. l. 34. §. h. t.* non solùm *judiciale, sed nec necessarium*; utrobique enim militat ratio ignorantiæ, quam successor de facto defuncti, ceu alieno habere præsumitur, *arg. l. 42. de R. I.* quodque juram. ubi alia causa non subest, personam jurantis non egrediatur, neque hæredem obliget, Grot. *d. l. p. & b. d. c. 13. l. 2. §. 17.* & *in annot. ad 2. Reg. 19. 23. per 1. Reg. 11. 8. & 49.* Adeò, ut si defuncto delatum, & ab eo susceptum sit, is autem ante præstationem decedat, tamen *facultas hac jurandi ad heredes non transeat*, sed pars adversa suam intentionem legitimè probare teneatur, *text. all. in l. 11. §. 1. de reb. cred. & jurejur.* vid. Thoming. *p. 1. decis. 45. n. 1. & seqq.*

Exceptio.

Exceptio est, 1. in juramento in litem. 2. in hæredibus ejus cui juratum, *c. veritatis h. t.* Et de jure Sax. idem est in judiciali juramento; ita tamen, ut successor saltem *de credulitate* juret, *quod, licet notitiam non habeat, tamen credat tale quod a defuncto factum vel factum non* esse, per text. in Landr. *lib. 3. art. 11.* Coler. *p. 1. decis. 116. n. 5. & seqq.*

Quandoque pro præstito habetur.

Addi hic meretur, quod juramentum alicui delatum, ad quod præstandum idem se obtulit, aliquando pro præstito habeatur, puta si ille tempore sententiæ pronunciatæ, aut intra terminum datum ad jurandum, sit mortuus: pro facto enim habetur in ipsius commodum, quando ipse suâ culpa non moratus est, *l. 39. d. R. I.* vid. Gail. *2. obs. 43.*

Juram. judiciale sententiâ æquiut.

V. Putat A. præstito juramento judiciali non opus esse ut à judice sententia insuper feratur. *Attamen contrarium longè verius est.* Ubi enim debet fieri absolutio vel condemnatio, ibi opus est sententia, *arg. l. 1. & seqq. de re jud.* At præstito prædicto juramento opus est vel absolutione vel condemnatione, E. Minor probatur *per l. 34. § f. & l. 19. §. 2. h.* vid. Setzer. *de juram. l. 4. c. 9.* Carpz. *de proc. 1. 11. art. 7. n. 48. & seqq.* Hincque ex hujusmodi jurejurando nec oritur actio utilis judicati. Neque obstant *l. 8. C. h. & alii* textus in contrarium adducti, quia illi omnes loquuntur de jurejurando voluntario, non judiciali. Confer notata de juramento voluntario *ad n. 12.*

Juram. necessariû duplex.

N. X. Tractat hoc num. Wesenb. perpaucis materiam juramenti necessarii. Hoc autem duplex est, Suppletorium & Purgatorium, causamque habet inopiam probationis; h. e. ubi aliquid probatum fuit, sed non tantum ut reus inde possit condemnari.

Suppletorium.

Ejus justitia.

Justum ideoque est juxta principia extraordinaria, ex necessitate, ut veritas rei latens integra manifestetur, quod Reip. plurimum interest in litibus decidendis. Illud defertur ubi semiplenè probatum, sedem habet *in l. admonendi 31. h. t.* quam eleganter singulari commentario exornarunt post Barr. & Jas. Joach. à Beust. & Ludolph. Schrad.

Cui locus ex officio judicis.

Hujus sedes extat *in 6. f. § ult. de jurejur.* & tunc locum habet, ubi minus quàm semiplene probatum. Quamvis autem constare debeat, utrum alter litigantium intentionem habeat jurandi, ne perjurium fiat; verius tamen est, judicem juramentum deferre posse ex officio, licet à partibus non fuerit petitum, *arg. d. l. 31. h. l. 12. C. de reb. cred. & jurejur.* & quod judex illa quæ desunt partibus litigantibus ex jure, supplere possit, *l. un. C. ut quæ des. adv. part.* Gail. *1. obs. 108. n. 6. & seq.* adeo ut si juram. non deferat, gravet & appellationi locus sit, D. Mevius *p. 3. dec. 417.* Quod etiam de Purgatorio verum est, *l. 6. §. 4. C. de his qui ad Eccles. c. 8. 10. 15. de purg. can. § c. p. 2. c. 10. §. et sollen.* Dn. Lauterb. *de jur. necess. §. 67.* Neque officit, *quod judex officium suum non impertiatur, nisi fuerit imploratus.* Hoc ipsum enim non obtinet in iis *quæ juris* sunt, in quibus officium ille suum rectè impertit, & quæ desunt supplet, sec. *d. l. un. 1. Rhet. 1. v. at utrum.*

Requisita ejus.

Cæterum, ut suppletorio hoc juramento locus sit sex requiruntur, 1. semiplenè sit probatum per unum testem, omni exceptione majorem, 2. ut is, cui defertur, probabiliter sciat veritatem, 3. sit honestæ vitæ, 4. causa sit modica & civilis, 5. ne semiplena probatio sit elisa per aliquam præsumtionem, 6. ut sit petitum ante conclusionem in causa, Mynsing. *1 obs. 68. n. 1. & seqq.* Sed quod postremum ita sese non habere diximus supra, neque in praxi servatur.

Defertur ei qui semiplenè probavit.

Insignis quoque disputatio est, an juramentum suppletorium vel purgatorium actori vel reo deferendum sit? Sed quod ex hoc principio dignoscendum: Illud ex sua natura imponitur ei qui semiplenè probavit, *arg. d. l. 31. h. t.* (& quidem juxta DD. comm. de veritate, non de credulitate præstatur, Dn. Brunnem. *de proc. civ. c. 23. n. 25.* Dill. Carpz. *1. c. 23. d. 8.*) hic verò aliquando est *actor*, aliquando *reus*, puta si reus suas exceptiones ita probaverit. *Quod si uterque probavit, & proreo major sit præsumtio victoria & veritatis, potius huic quam Actori id deferendum est*, vide Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib. 2. cent. 2. cas. 190. n. 20. & seq.*

Purgatorium ex officio defertur.

Hoc (quod nomine purgationis canonicæ venit *in c. 33. de testib. rubr. c. 8. & 10. de purg. can.* ratione canonicæ approbationis) defert judex (itidem ex officio, h. e. parte licet non petente, *c. ult. d. t. de purgat. can.*) quando v. c. actor minus quam semiplenè contra reum probavit, aut hic contra actorem, vel etiam quando quis aliàs suspicionibus est gravatus. Nec saltem personis principalibus, sed etiam qui his consilium suppeditarunt & auxilium præstiterunt, eas domo, hospitio, tecto aut mensa recipientes Gail. *lib. 2. de pac. publ. c. 7. n. 1. & seq.*

Non in criminalibus.

In criminalibus ei locus non conceditur, nisi vel leve subsit crimen, vel tales præsumtiones & indicia non extent quæ sufficiant ad torturam, *arg. c. ult. & t. 1. de purgat. canon. t. de purgat. vulgari.* Heig. *p. 1. q. 40. n. 31. & seqq.* unde falsa est Groenvvegii *de leg. abrog. ad 1. F. 27. §. 3. n. 11.* hujusmodi juramenti in criminalibus nullum esse usum, generalis assertio.

Secus in causa in jur.

Facilius admittitur in causa injuriarum, sive civiliter sive criminaliter instituta, ubi se reus dicit verba injuriosa non animo injuriandi prolata fuisse, &c. per text. expr. in *l. 6. §. 4. de his qui not. infam. l. 18. §. quod si. C. ex quib. caus. infam.* quamvis nec simpliciter, de quo videndus Gail. *2. obs. 106. n. 1. & seqq.*

Quandoque & in matrimonialibus.

Sed & in matrimonialibus idem obtinet, & in praxi quotidiè observatur. *Quamvis enim in his non possit deferri juramentum* judiciale negativum, contra matrimonium (*ne in potestate partium sit dissolvere illud data facultate jurandi*) neque suppletorium, *nisi ubi magis quam semiplenè fuerit probatum*, Mich. Berl. *1. c. 54. n. 16.* Borcholt. *h. t. n. 77. c. 8.*) tamen purgatorium propterea admittitur, ut reus qui suspicionibus promissi matrimonii oneratus est, ejusmod. juramento, q. tortura spirituali deterritus, matrimonium fateatur atque in illud consentiat, Heig. *d. p. 1. q. 46. n. 25.* juxta ea quæ extra ordinem justa sunt. Hocque adeo verum est, *ut & confessio stupri ad ejusmodi juramentum sufficiat, sive consenserint parentes (in quorum potestate eius forte adhuc est cui jusjurandum defertur) sive non.* Joach. à Beust. *de sponsal. c. 46. 47. & 48.* Cypræ. *de sponsal.*

Simplex.

c. 9. §. 18. Illud quoque hic annotari meretur, quod Jur. Purg. dici possit aliud *Simplex* quod soli suspecto imponitur, *l. f. C. de jur. dom. impetr. §. 5. auth. novo jure de pœn. jud. qui mal. judic. c. Mennam. 2. q. 4.* aliud

Conjuratorum.

non simplex seu Conjuratorum, compurgatorum sive Sacramentalium, qui jurant non quidem de veritate, sed quod principalem non pejeraturum sed veritatem dicturum adeoque innocentem credant. Idq; approbatum est jure can. jure feudali & Imperii constitutionibus, *l. de purg. can. 1. F. 4. §. 2. 1. F. 10. 2. F. 33. §. 1. 2. F. 26. §. 1. 1. F. 28. 6. c. p. 2. c. 10. §. 1.* Quod equidem innocentiæ monstrandæ causâ maxime in defectum aliarum probationum, *arg. d. l. f. §. 10. c. 12. & seq. caus. 2. q. 2.* inductum censeo, juxta principia juris extraordinaria; cum regulariter judex de rei veritate seu scientiâ sit informandus, non de opinione & credulitate, quæ Compurgatorum juramento conciliatur, quæ tamen mediante juramento credulitatis arripienda & sufficit tunc ubi certa scientia haberi non potest, D. Stuck. 1. *conf. 4. n. 12. & 20.* vid. de hoc juramento Henric. Gilebertius *in peric. statut.* & Joh. Locenius *syn. juris ad ll. Sueticas accommod. diss. 30. q. 1.*

Juram. necessariũ sententiã requirit.

N. XI. *Sententia enim hic opus est)* Imò opus est, sive is cui delatum, juret, sive non. Nam hoc casu pro confesso habetur; cum pœna non jurantis in actore sit quod *causa cadat*, in reo verò quod *pro confesso* habeatur, *l. 2. §. quod si alter. C. de jurejur. propt. calumn. dando junct. l. 38. h. t.* Et utroque casu (sive juretur sive non) juramentum est saltim loco probationis suppletivæ, ergo sententia semper insequi debet.

Novis instrum. repertis de novo agitur, citra restit. in integr.

Ubi postquam præstitum, nova instrumenta proferuntur, ad nihilum redigitur: & causa agitur ex integro *l. 30. h. Adeo ut nec opus sit* restitutione in integrum, *l. per l. 25. de dolo malo 2. arg. l. 31. h. t. ubi dicitur, quod qui nova instrumenta invenit, debeat causam ex integro agere*: unde *sententia prior sic ad nihilum redigitur.* Et ob inopiam probationis tantum progressum fuit ad hujusmodi juramentum; illa tacita conditione, ut si de probatione postea appareret, a juramento ex necessitate talium electo recederetur. Neque justum videtur, ubi veritas ad sensum demonstrari potest (per instrumenta) nitu amplius juramento, quo de præsumtio tantum est quod ab homine probo & non pejeraturo sit commissum: at præsumptio non est probatio.

Examinatur Wes. de act. ex jurejurando.

N. XII. Longa hæc de effectibus juramentorum disputatio plurima habet observationem merentia. I. Putat Wesenb. *ex jurejurando* in genere *oriri actionem* rei judicatæ. *Equidem hac de re non satis convenit inter Dd. verissima tamen sententia est distinguentium.* Nam ex voluntario est actio in factum personalis, per *§. 11. I. de action. l. 8. C. de reb. cred. & jurejur. l. 9. pr. & §. 1. h. t.* & hæc actio dicitur utilis, in *l. 11. §. f. h. l. 13. §. 1. eod.* (quia sc. prætoria est *d. §. 11.*) & similitudinem habere cũ re judicata, *l. 8. C. de reb. cred. junct. l. 2. h. t.*

Adjectitia qualitas veteris.

Non autem simpliciter nova est actio *sed saltim* adjectitia qualitas actionis veteris, *quia per juramentum non inducitur vera novatio sed sec. quid, h. e. ut præstito juramento actor amplius non teneatur probare, l. 9. §. 1. l. 30. h. t. Indeque actio illa in factum, si super actione in rem juratum*, actio realis appellari potest, sc. utilis, ut in *d. l. 13. §. 1. h.* aliquando personalis, *si juratum super actione personali.* Ita etiam exceptionem ex juramento voluntario habet ille qui e. g. juravit se non debere, *l. 7. l. 9. pr. h.*

Ex judiciali & necessario est actio rei judicatæ.

At ex jurejurando *judiciali*, cum id sententiam requirat, nun est talis actio: *qua autem lata sententia oritur, illa dicitur* actio rei judicatæ: Idemque in *necessario* juramento obtinet, cum idem sententiam requirat. *Ex fidei autē promissorio juramento ut & promissorio simpliciter, jure civili non oriri actionem contra Auctorem verius est*, quod eodem jure exinde nulla sit obligatio, *per not. ad n. 5. Quamvis secus sit* jure naturali & canonico,

Ex promissorio hodie condictio ex canone.

quo jure inde datur condictio ex canone: vid. Rittersh. *diff. jur. civ. & canon. lib. 5. c. 19.*

Ex confirmatorio actio negotii confirmati.

Ex *confirmatorio* illa est actio, quæ ex negotio quod confirmatum, descendit, *arg. l. 7. §. 16. de pact.* Neque officit *l. 9. §. 1. h. t. l. 8. C. de reb. cred.* quia *non sunt de actione ex jurejurando in genere, sed* de voluntario, *quod pars parti defert, sive in jure ante litem contestatam, sive extra jus privatim; & actio inde descendens in factum dicitur, habetque similitudinem cum re judicata, arg. l. 2. h. t. Non enim est actio rei judicata cum nulla præcesserit sententia.* Vid. Bach. *ad. §. 11. I. de act.* Ad cætera respondet idem ad Wesen. *h. verb. quod tamen quidam, in fine.*

Perjuriũ quid.

II. Perjurium *nihil aliud est quàm* mendacium jurejurando dolosè firmatum, & species criminis læsæ majestatis divinæ, sec. Wesenb. *consil. ad L. Jul. Maiest. n. 7.* Perjurus *enim pietatem ac religionem violat, & nomine Dei abutitur, quem, ut justissimum sibi ipsi optat judicem.*

Jure Rom. contra Deum factum quoque pœnam habet.

Sed Q. *an perjurium contra Deum jure Romano puniatur?* Affirmant id Wesenb. *h. loco.* cujus sententia rectè perpensa, verissima est. Nec officit *l. 2. C. de reb. cred. & jurejur.* quia commodè restringitur cum A *ad animam & conscientiam pejerantis; vel ad juramentum temerarium aut ex calore iracundiæ præstitum*, vel eoam ad liberandum pejerantem à crimine læsæ majestatis, *arg. l. 2. C. ad L. Jul. Maiest.* Quod in *l. 3. §. f. h. t.* pœna perjurii fustigatio est, *ubi per genium aut venerationem Principis juratum*; hoc argumentum facit, multo magis pœnæ locum esse, ubi pejeratum in divinum Numen, *arg. auth. Gazaros C. de hæret. & Manich.* Et perquam manifesta est *l. 28. de dol. mal.* collata cum *l. 41. C. de transf. l. pen. C. de dignit. l. 1. §. 1. ad L. Corn. de fic.* nec non *l. ult. de stellion.* cum *l. 2. C. de crim. stellion.* quæ pœnam habent exilium, dignitatis privationem, infamiam, Covarr. *in c. quamvis de pact. in 6. p. 1. §. 7. n. 1. & seqq.* Gl. in *d. l. 41. C. de transact.* Less. *de I. & I. l. 2. c. 42. d. 14. n. 74.* Mæstert. *de just. ll. Rom. l. 2. d. 25.*

Jur. can.

Jure quoque Canon. pœna perjurii excommunicatio est, *c. animadvertendum § cum ergo. 22. q. 2.* & infamia, *c. infames 6. q. 1.*

Et morib.

Hodie *relegatio, carcer, mulcta*, aliquando *truncatio digitorum* quibus juratum: quod tamen duobus tantum casibus obtinet (1) da einer vorm Richter oder Gericht einem gelehrten Meyneyd (h. e. cum antea satis fuisset monitus de perjurio.) vid. Besold. *thes. pr. lit. A. n. in fin.*) schwehret/ so zeitlich Gut antrifft und zu seinem Nutzen kommet / qui præterea & dignitate privatur & fit infamis, P. H. O. *art.* 107. (2) si quis Urphedam vel cautionem juratam de non redeundo (ubi sc. est relegatus) aut de non ulciscendo carceris injuriam, fregerit, der eine geschworne Urphede gebrochen/ P. H. O. *art.* 108. Aliquando etiam est *similitudo supplicii, d. art.* 107. ubi dicitur, quod is qui suo perjurio alium ad pœnam capitalem fecerit damnar *eandem pœnam sustinere debeat, quam perjurio suo alteri intentavit.* Eademque pœna illi dicta, cujus dolo malo tale perjurium ab alio commissum. Donell. *ad tit. de jurejur. c. 9. n. 7. & 8.* Petr. Theodor. *in colleg. crim. disp. 5. th. 8. lit. F.*

Qui scripserint de effectibus juramentorum.

III. De effectibus jurisjurandi agit inprimis Seraphinus de Seraphinis *tr. de privilegiis juramentorum* & Antonius de Petrucia *in repet. l. 1. h. t.* ubi tractant de effectibus juramenti in genere, & specialiter de effectu juram. conventionalis & judicialis. *Illi quos Wesenb. hic cumulat, ut rectè monet. Bachov. non generales sunt & perpetui, ac singuli ferè suas limitationes habent, & ex dictis Dd. sunt explicandi.*

Quom. induat naturam actus.

Ita IV. quod induat *naturam actus* juramentum, ferè pertinet saltim ad confirmatorium, & verum est sub limitatione quam dedimus *supra ad n. 5.*

Vim habeat expres. consensus.

V. Vim consensus *expressi* habet juramentum testatoris; testamento adjectum, atque vim clausulæ codicillaris, per *l. 77. §. 23. de leg. 2.* Gail. 2. *obs.* 114.

Sit de intentione jurantis.

*obs.*114.*n.*14. Dn. Frantzk. 2. *resol. jur.* 5.*n.*25. VI. Accipitur *sec. intentionem jurantis.* v. c. si quis jurato renunciarit hæreditati paternæ, legitimæ renunciasse non censetur: ut nec ejus supplemento, Mynsing. 2. *obs.* 30. Gail. 2. *obs.* 98.*n.*13. it. qui juravit se alicui molestum non fore, via juris tamen id facere potest; quia juramentum saltem extenditur ad ea de quibus præstitum (de via facti, ut vocant) Gail. 1. *obs.* 22.*n.*7. VII. his affine est, quod non intelligatur *de nova causa.* Hinc enim jurans se non revelaturum, potest revelare in testem productus, Gail. 1. *obs.* 100. Mynsing. 2. *obs.* 78. adde si supervenerit rerum vel status personarum mutatio, ut jurans juxta judicium prudentum non videatur illum eventum intellexisse, *c.* 25. *de jurejur.* Zoes. *ibid. n.* 87.

Non de causa nova.

Excludat appellationem.

VIII. Quod excludat appellationem, indistinctè verum non est. Nam *juram. judiciali* præstito, lata sententia statim & ante decendium *judicatis*, *vim habet*, *ita ut ab ea appellari nequeat*, *l.*12. §.3. *C. de reb. cred. jurejur.* si sc. quæratur *de eo qui detulit*, *d. l.* 12. §.3. *quia sponte hanc viam eligit ut causa jurejurando determinaretur. Is cui delatum est vel retulit* adversario, & itidem appellare nequit, ex eadem ratione. vel ex *justa causa recusavit*: atque tunc si judex contra ipsum, fortè ut jurare nolentem pronunciavit, appellare ei permittitur, *d. l.* 12. §.2. Borcholt. *de jurejur. c. fin. n.*17. Caroc. *de jur. lit. decisor. q.* 49. *pr.* Conf. Dn. Mevium 3. *dec.* 47. & 1. *dec.* 147. Necessario juram. *præstito sententia non statim in rem judicatam transit sed appellari ab ea intra tempus legitimum potest*, *arg. d. l.* 12. §. 1. *inf.* eadem ratio est in juram. in litem, *l. ult.* §. *ult. inf. de appell.* Et appellare sic sufficit ab ipsa præstatione, juxta Myns. 1. O. 39. IX. *Probationem facit plenam*, intellige saltim in voluntario & judiciali, *per l.* 1. & 2. *h. t.* non verò in necessario *arg. l.* 31. *eod.* & per ea quæ ipse Wesenb. hic sibi non constans dixit *supr. n.* 11. Primo casu id verum, etiam *in enunciativis*, Nam licet verba enunciativa vel narrativa dicantur, *quæ simpliciter sine mysterio & pondere adjiciuntur*; dispositiva verò *quæ seriò & vim obligandi atque disponendi causam habent*; tamen quando enunciativa verba sunt jurata, probationem plenam faciunt, *pro dispositivis habentur & actum confirmant* ut rescindi non possit; *cum sic fiant geminata, & magis appareat de certa & maximè deliberata enunciantis voluntate*, per textum *l. cum quis* §. *codicillis de leg.* 3. Polyd. Rip. *de actibus in mort. artic. c.* 82.*n.*10. ubi Cravettam à Wesenb. citatum allegat, Nicol. à Passer. *de enunciativis lib.* 1. *q.* 3.*n.*17. & *seqq.* Quod si tamen juramento super his verbis interposito, allegetur errorem intervenisse, probationem admittendam in contrarium esse rectè asserit idem de Passeribus *lib.* 2. *q.* 51. *per tot.* Conf. Ant. de Petrucia *d. tr. effect.* 66. X. Quomodo *suppleat solennitates* vid. Eund. de Petruc. *effect.* 26. & de restitutionem in integrum Gail. 2. *obs.* 41.*n.*5. & 6. *obs.* 65. *n.*5. & *obs.* 147.*n.*18. & 19. XI. Addit *forum foro* sic, ut quamvis laicus judicem habeat laicum, si tamen se juramento quid promisit, pertinet hoc etiam ad Ecclesiasticum, *c. fin. de for. comp. in* 6. Anton. de Petruc. *d. tr. effect.* 23. XII. *Excludit pœnitentiam*: v. c. jure civili, si conventione prorogetur jurisdictio, pœnitentiæ locus est ante aditionem, *l.* 18. *de jurisd.* secus jure canonico, ut vult id. de Petrucia *effect.* 19. *pag.* 89. XIII. *Præcisè obligat*; etiam in *obligatione faciendi* à qua alias præstando interesse est liberatio. *l.* 13. §. *f. de re judic.* Ratio est quod Deo fiat promissio; (*vid. not. s. n.* 3. *vers. unde est obligatio*) unde non valet hic, quod liceat adimplere per æquipollens, *arg. l.* 3. *C. de instit. & subst. l. Julianus de condit. & demonstr.* sed quod promissum in forma specifica adimpleri debet, *c. ad nostram de jurejur. add. ibid. Augustin. Barbosam n.* 2.

Plenam facit probationem.

Etiam in enunciativis.

Supplet solennitates.

Addit forum foro.

Pœnitentiam excludit.

Præcisè obligat.

XIV. Vim & effectum habet *specifici consensus.* Jurans enim, *modò consensus intervenerit, saltem in genere, etiam omnibus illis quæ consensum expressum requirere solent, renunciasse intelligitur.* Hinc si quis juravit in genere, se non acturum contra contractum, videtur eo ipso renunciasse beneficio *l.* 2. *C. de rescind. vend.* Petruc. *effect.* XV. Executionis paratæ est. Nam quamvis *jure communi contractus non habeant paratam executionem*, *arg. l.* 16. *de mun. sed contrahentes pro implenda promissione debeant experiri per modum actionis ordinariæ*, si tamen intervenerit juramentum, operatur illud paratam executionem, *instar sententiæ*: & hoc est quod dicunt Dd. juramentum habere *vim clausulæ guarentigiæ*, XVI. Videatur in primis laudatus Anton. de Petrucia, qui in repetit *l.* 1. *h. t.* 75. effectus juramenti cumulat, & nervosè exponit, necnon Anton. Cosser. *de jurejur. & jur. prævil.* M. Ant. Baver. *de virt. & verib. juram.* Joh. de Sevla Gall. *de jurejur.*

Vim specifici consensus habet.

Et paratam executionem.

N. XIV. Pertinent ad init. h. t. inprimis tres juramenti *pedissequa s. comites*, Veritas, Justitia, Judicium, juxta *Jerem.* 4. 2. Nam si deest justitia, oritur juramentum iniquum, si veritas perjurium, si judicium, juramentum redditur incautum & temerarium. Porro priora duo *ad objectum* i. rem juratam referri possunt, ultimum vero *ad subjectum* i. hominem jurantem. Veritas vult ut nihil falsi juretur, 1. quia finis juram. est testatio veritatis. 2. quod Deus in testem vocetur, veritas prima & infallibilis. Unde non jurandum per amphibologiam, *seu ad propriam mentem retentam*, neque in judicio, neque extra; *quia facile nomen Dei assumeretur in deceptionem, & omnis propemodum veritas juramentorum labefactaretur, si liceret aliud verbis jurare, aliud mente occultare*, contra principia humanarum actionum, *c. quacunque* 25. 5. Nec obstante, textus *Gen.* 27. 19. 24. *Marc.* 13. 32. *Joh.* 7. 8. 10. varias interpretationes suscipientes. Vid. Dn. Hornei *d. s.* 2. §. 9. verè ita & piè, contra Scholasticos plerosque licet, statuentem, Grot. *ad Matth.* 13. 32. & *Joh.* 7. 10. Juratur autem sic verum, non saltem in assertorio juram. quoad veritatem de præsenti, sed & in promissorio, tam quoad præsens quàm futurum. Justitia requiritur ut juretur de rebus licitis & *justis*, non saltem particulariter sed & universalis, seu ut sic jur. de rebus *honestis*: & talibus sive civiliter, *l.* 5. *C. de leg. l.* 7. §. 16. *de pact.* sive naturaliter, *arg. c. verum de jurejur.* Attamen juram. promissorium justitiam exposcit etiam ex *materia remota*, h. e. ex re aut facto, ut modò diximus; assertorium vero ratione mat. *proxima* tantùm, quæ est *ipsa testatio.* Nam de turpib. quoque, v. c. adulterio, homicidio, juramentum testimoniale valet, quod sic revelare licet. Judicio opus est & prudentia, tum ut quis intelligens & sciens, quid, de quo juret, *arg. c. parvuli* 22. *q.* 5. tum observentiam divini Numinis, ne temerè & de re levis momenti, nec tamen timidè, *l.* 8. *de condic. instit.* juretur. Atque ad has tres conditiones referri & reliquæ possunt, quarum A. initio meminit. Inter contraria juram. præcipuè sunt vis & dolus. Quoad illam distinguendum inter jus civile & canonicum. Quod vi metuque extortum juram. civili jure nullum est, sive sit confirmatorium, contractibus validis accedens (*est enim nullius momenti, h. e. ab initio nullum: neque ullibi statutum quod valere debeat, auth. puberum C. si adv. vend.*) aut invalidis (tam ob utilitatem publicam quàm propter privatam) *arg. l.* 5. *C. de legib. l.* 7. §. 16. *de pact.* sive sit promissorium, sive assertorium, *arg. d. auth. sacramenta.* Diss. Bachov. *ad Tr. d.* 21. *th.* 2. *c.* Jure can. interest an factum quo de juratur, sit licitum an illicitum. Primò casu ipso jure valet, sive metus cum sic absque injuria illatus sit, i. quia non

Tres comites juramenti.

Veritas.

Justitia.

Judicium.

Juram. vi extortum jure civ. non valet.

Jure can. valet, si de act. lic.

obstante metu actus jurandi est in se voluntarius. 2. per *c. si vero c. si verum h. t.* quia injuria non tollit voluntarium, *arg. l. 2. C. de rescind. vend.* maximè hic, ubi & Deo fit obligatio. Conf. *obs. sup. de dol. mal. n. 1 in f.* nec peccat qui ex injuria solvit, sed qui accipit. Exempla sunt, ubi coactus jurat in rem suam vendere, vel solvere latroni pro vita redimenda, Grot. *de J. B. & P. l. 2. c. 13. n. 15.* Dn. Horner *d. c. 2. §. 13.* Hocque videtur idem esse, quod dicunt nonnulli, juram. tale servandum mero jure naturali; hujus enim sunt rationes modò allatæ: item, ut alii dicunt, in foro conscientiæ s. interiori, quod attendit jus canonicum. Quia vero iniquū videtur, ratū id habere quod ex voluntate coacta nec planè liberrima proficiscitur, ideo potest absolutio, *dd. cc. & c. nos sanctorum c. autoritatem, c. juratos 15. q. 6.*

Et juro amen.

Altero casu juram. indistinctè ipso jure nullum esse, affirmat Gailius 2. *obs. 42. n. 4.* Rectiùs distinguit Bachov. *ad Tr. vol. 2. d. 2. c. v. jure verò can.* Vel factum *illicitum est tantum jure civili*, & juram. extortum valet, jur. can. quia hoc ejusmodi factum juramento confirmat, exemplo pacti renunciandæ hæreditatis, *L. 20. C. de collat. junct. c. quamvis de pact. in 6.* quod possit servari sine dispendio salutis æternæ, *arg. c. in malis c. si aliquid 22. q. 4.* Vel factum illicitum est jure simul gent. & naturæ, atque juramentum simpliciter non valet, ideoque absolutio non requiritur, *quia ipsum observare juramentum, peccare esset, & ab eare absolutionem petere quam quis citra peccatum facere non posset, foret absurdum.* Atque tunc demum quadrat ratio Gailii *d. l.* juramentum tale duplicem pati defectum, *sc. & ab objecto & à causa efficiente s. consensu coacto.* Ipse tamen Bach. putat non malè & hoc casu opus esse absolutione; 1. ne quis facere cogatur quod promisit. 2. ut tollatur peccatum commissum ipsa rei turpis promissione, quæ hic non est sine consensu, Basil. Ponce *de matrim. l. 12. c. 8.* Filliuc. *tr. 25. c. 6. n. 126. & seqq.* Gail. *d. loc.* Mynsing. *3. obs. 99.* Rittersh. *5. diff. jur. c. & c. 19. inf.*

In illicit. jur. n. g. non valet.

Ubi non est opus absolutio.

Tantum de juram. extorto vi metuve. Ubi dolo elicitum, dist. inter dolum verum & præsumtum. 2. circa substantialia rei & circa accidentia. Si dolus verus & *circa substantialia* intervenerit, juramentum ipso jure & civ. & can. nullum est, nec opus absolutione; 1. quia *deest in dolo consensus, vel adest saltem conditionalis, qui ideoque conditione deficiente nullus, arg. l. 7. de dol. mal. l. 5. § f. pro soc. Unde qui decipitur non consentit,* sed ignorat, *l. 116. § f. de R. I.* nec jus suum admittit, *l. 35. de a. r. d.* 2. per *c. cum contingat h. t.* Diss. Bachov. *ad Tr. d. 11. th. 10. A.* putans & *hic absolutionem requiri, cum Deo fiat promissio. Quod pro majore cautela admitti potest.* Ubi circa *accidentalia* dolus est, juram. subsistit; *quia tunc promissio ex natura rei valida est, cum adsit voluntas jurandi in substantialibus*: (ob simplicitatem, quæ maximè convenit juramentis) quo referri debet juramentum Israelitarum præstitum Gabaonitis, *Jos. 9. 15.* Idem est si *dolus præsumptus s. ex re ipsa,* puta gravi aliquâ & magna læsione occurrat: ubi itidem subsistit juramentum; confer *supr. t. de dol mal. d. n. 1. in f.* Filliuc. *d. tr. c. 6. n. 169. 171. & seqq.* Guttier. *ad d. auth. sacramenta a. 96, in f.* Hartm. Pistor. *4. q. 6 n. 70.* Grot. *d. c. 13. a. 3. & 4.* & novissimè Dn. Frantzk. *2. resol. jur. 4.*

Juram. dolo elicitum an valeat.

Cæterum ad juram. contraria pertinet quoque illorum Irritatio sive Annullatio, & Absolutio seu Relaxatio. Illa est *declaratio patris, domini, mariti, de juramento sibi subjecti præstito pro nullo habendo.* Qui enim his subjecti, sine superiorum consensu jurare nequeunt: unde talibus juramentis semper adhæret conditio, si consentiat superior ejusque juribus non officiatur; in quo solo Voluntas superioris sufficiat, *Num. 30. 1. c. parvuli c. pueri. c. honestum 22. 5.*

Juram. irritatio.

Absolutio est quando magistratus ex justis causis vim obligandi, quæ revera suberat, aufert & tollit. Quod de seculari magistratu quidem h. negat Wesenb. sed rectius plerique affirmant. 1. *quia ad eundem antiquis temporibus spectabat juramenti executio,* & perjurii punitio, *sec. notata sup. d. a. 13.* 2. *Qui Romæ olim fuerunt Pontifices maximi,* fuerunt simul Imp. 3. *Deus est autor Magistratus politici, quando remittit, Deus remittere intelligitur,* subest enim in omni juramento obligatio directa & ad hominem & ad Deum, dum & augetur extensive obligatio, per vinculum religionis. Circa religionem autem jus est Majestatis, vel ex politicis principiis, & potestate quam circa sacra habet *Arist. 7. pol. 9. in f. 4. per all. l. f. ad municipal. l. ult. qui satis d. cog. l. f. de re milit. l. adigere § f. de jure patron. ubi Gl.* Et licet Pontifex postea sibi soli hanc potestatem tribuerit, *c. novit. de judic. c. venerabilem de election. c. cum contingat h. t.* postmodum tamen *ad jura antiqua reditum est*; unde *Camera Imperialis* à juramento absolvere potest ad effectum agendi, O. C. *p. 1. tit. 24. & p. 2. t. 9. §.* und ob sich Mynsing. *d. 3. obs. 69.* & Gail. 2. *obs. 42.* Idemque *reformatæ religionis Principibus* jus est, Gedd. *1. O. 25. n. 2.* Joh. Dauth. *de testam. 1461. de mut. test. pot. n. 93.* Matth. Berlich. *p. 2. concl. 44. n. 10.* Eò magis, quod jurisdictio Pontificia hactenus suspensa sit, iiique simul & Principes Imperii sint & Episcopi. Rec. Imp. anno 1555. und sollen die jenigen. & 3. und sollen in diesen beyden Verordnungen. Reink. *de R. S. & E. l. 3. cl. 1. c. 10. n. 50.* Neque his contrariatur ratio Wesenb. quod juramentum soli Deo fiat, ergo & ab eodem solo debeat fieri relaxatio. Quippe 1. *rectè* negat *Bachov. in not. soli Deo fieri juramentum, ut cum quis jurat sibi deberi, si quis mutuo promittat se 100 daturum Titio: 2. etsi in omni juramento Deus in testimonium vocetur, tamen illud ipsum fit coram magistratu politico, tanquam Dei vicario & si coram hoc recto fit illa jurisjurandi exceptio & acceptatio, quidni apud eundem rectè fiat & ejusdem relaxatio?* 3. *falsum est Deum velle quod omne omnino juramentum servari debeat; ipse enim cum sit justissimus, non nisi in rebus justis honestisque consensum adhibet, non turpium inhonestarumque actionum sponsor accedit, arg. d. c. etsi Christus ubi Gl. de jurejur.* Et hinc David rectè pepercit Nabali, quem se occisurum juraverat 1. *Sam. 24. 22.*; spectatque huc insignis locus Philonis Judæi: *Sciat quisquis ob juramentum injustè aliquid moliens agere, non se jurisjurandi observantem fore, sed potius eversorem jurisjurandi, quod magna cura ac religione dignum est, & quo honesta ac recta sanciri solent. Addit enim culpam culpæ, juramento non facto, & quo abstinere satius fuerit, actum illegitimum. Quare ab injusta abstinens actione, Deum veneretur ut quæ est ipsi maximè propria, misericordiam impertiat. Nam dupla eligere mala, cum parte altera exonerari possis, insanabilis est furor, & mentis inopia,* citante Grotio *lib. 2. d. l. b. & p. c. 13. a. 6.* Idem est si quis promittat qui non habet in potestate: si juramentum bono publico sit noxium, ut si subditi jurent sese Principem suum interfecturos. Licet etiam superiorum actus efficere nequeant, ut jusjurandum, quatenus verè sit obligatorium, non præstandum sit; quod hoc juris sit naturalis & divini: tamen id fieri potest, quatenus materia vel vis jurandi subest actibus inferiorum, vel jus quæsitum tollitur ab eo cui juratum, & aufertur, jure Imperii & propter publicam utilitatem. Vide Grot. *d. c. 13. n. 20.* & latissimè id exponentem Lessium *de J. & J. l. 2. c. 42. d. 12. n. 93.* Diserte Speidel. *in not. ad thes. pract. Besold. von b. absolution von gethanen Eydt/* absolutionem esse faciendam ab Episcopo jurantis contendens.

Absolutio est facul. Magistr.

Et Statib. Imp. Evangel.

Non omne jur. servandum.

TITULUS

TITULUS III. C. 5. 53.

De in litem jurando.

1 Continuatio tituli.

CUM in superiore titulo tractatum sit de tribus speciebus jurisjurandi, quod ad lites definiendas pertinet; ne quid hac in materia intactum inexplicatumque relinquatur, consequenter nunc hic exponitur & alia species jusjurandi necessarii: videlicet Jusjurandum in litem.

2 Quid sit jusjurandum in litem.

Est autem JUSJURANDUM IN LITEM: quod ex delatione Judicis præstatur, cum ab adversario contumaciter & Dolo malo res vel non restituitur, aut dolo ejus factum est, quo minus exhiberi vel restitui possit. Quo jurejurando permittitur illi æstimationem ipsius rei, ac ejus quod interest, etiam in infinitum facere.

3. Quod à judice tantum deferatur.

Dico, hoc jusjurandum ex Delatione Judicis dari, *l. in actionibus 5. h. t.* Nam si alius detulerit, aut eo non a judice delato, juratum sit, nulla erit religio, nec ullum jusjurandum, *l. 4. §. deferre 2. h. t.*

4 Ex qua causa deferatur.

Sed non aliter defertur, quam si adversarius contumaciter & Dolo malo ex arbitrio Judicis exhibere aut restituere rem, quam actor suam esse intendit, aut nolit, aut non possit, *l. qui restituere, 68. de rei vendic.* Nam propter culpam non esse hoc jusjurandum deferendum, constat: *vide Jas. & Dd. in l. 6. §. prat. l. 7. l. argen. 10. §. 1. de eden.* quia non sine magna causa permittendum est actori, ut pro suo arbitrio & affectione litem æstimet, ac judex quodammodo in causa propria fiat. Cum igitur in culpa tantum hæret possessor, non in dolo, æstimatio litis minime ab actore juxta suam affectionem, sed à judice ex veritate facienda est, *l. 4. in fin. h. t. ubi Dd.* Quam etiam ob causam contra hæredem contumacis non juratur in litem, quia dolo caret, *l. fin. C. eod.* nisi lis fuerit cum defuncto contestata: *l. 4. C. eod.* quamvis ex parte agentis, indistinctè in hæredem hæc facultas, quasi pars actionis rei persecutoriæ transeat *Anthon. princ. ubi gloss. & Dd. C. de jur. prope. cas. Jas. in l. penult. § hoc judicium, num. 5. ne quis in jus voc.* dum tamen scientiam rei aliquam habeat hæres, *Jas. praall. loc. num. 7. & in d. l. admonendi, num. 3 3. supr. tit. 1.* saltem ut de scientia sua & credulitate jurare possit, *Chil. in pract. c. 66. vide Reinhar. diff. jud. 34. Laud. lib. 5. art. 13.* Pupillis tamen hoc juramentum non defertur, *l. 4. h. t.* ut nec aliud quodlibet, *l. jusjur. 34. §. pupillo. l. qui jurasse 26. de jurejur.* sed bene minoribus. *d. l. 4. in pr. ubi gl. ad verb. potest jurare.* Tutores autem nomine pupillorum, hoc affectionis juramentum subire non coguntur: *d. l. 4. hoc tit.* etiamsi in Decisorio, ubi de veritate dicenda agitur, secus sit, *l. eum etiam 3. C. de reb. cred. Bartol. numer. 2. Jas. num. 15. in l. 4. h. t.* Locum autem tum demum habet hoc jusjurandum, & deferri solet, cum jussus exhibere vel restituere rem, quam actor suam esse intendit, possessor contumaciter negligit.

5 Ratio, quare deferri possit.

Etenim ratio quamobrem usus hujus in foro invaluerit, non est inopia probationum, ut superioris jusjurandi: sed locum illi facit à parte quidem rei Contumacia vel dolus, quem puniri oportet: à parte vero actoris cui defertur, Præsumtum dominium. Huic enim si res sua à possessore contumaci non restituatur, aut ejus dolo malo restitui nequeat, atque ita quasi necessitas vendendi domino imponatur, meritò rem æstimandi suam & precium pro arbitrio statuendi, facultas est permittenda, *l. tutor 8. h. tit. l. si cum dos, §. fin. cum l. seq. ff. rerum amotarum.*

6 Quibus in actionibus deferatur.

Porro cum actio ad Exhibendum propter vendicationem sit comparata, *l. 1. ad exhibendum*, & qui exhibere supersedet, impedimentum præstat, quo minus vendicare, & restitutionem rei suæ petere quis possit, meritò & in hac actione in litem juratur, *l. in actionibus h. t.* Perinde autem est, qualiscunque sit actio, dummodo ad rem restituendam agatur, sive sit in Rem: *l. qui restituere 68. de rei vendic.* sive Personalis in rem scripta, ut ad exhibendum: sive Bonæ fidei, ut depositi, commodati, *d. l. in actionibus*, &c. In stricti autem judicii actionibus in litem jurari non solet (exceptis arbitrariis, ut eo quod metus causa, de dolo, *l. arbitrio 18. in prin. de dol. mal. &c.* nisi propter difficultatem probationis re post moram extincta: *d. l. in actionibus cum l. seq.* cum quia his actionibus non ad restituendum agitur, sed petitur Dari aut Fieri: tum quod stricta est & angusta in his judicis potestas, qui à formula judicandi sibi præscripta, in qua non invenitur expressum ejusmodi deferendi jusjurandi arbitrium, recedere non potest. Extincta autem re, cum æstimatio initur, nihil causæ est, cur etiam in his non liceat pro arbitrio rem suam domino per jusjurandum æstimare, *l. penult. § ... ubi gl. & Dd. ne quis eum qui in jus voc.* permittitur autem actori plane pro suo arbitrio æstimationem facere, ac etiam in infinitum jurare: *l. 4. § jurare h. t.*

7 Quomodo juretur.

Ne tamen arrepta hac occasione in immensum juretur, potest judex modum statuere jurejurando, ut intra certam quantitatem juretur, *d. §. jurare.*

8 Quis sit effectus juramenti hujus.

Quin & postquam juratum fuerit, licebit judici vel absolvere, vel minoris condemnare, *d. l. in actionib. l. sancimus, 13. C. de judic.* Cum enim ex affectione tantum juretur, potest judex affectionem jurantis ad æquum bonumque redigere. Sed quia de perjurio cujusquam facile queri non debet, etiam cum ex necessitate juratur. *l. si. h. t.* meritò non nisi ex magna causa, & postea repertis probationibus, à jurejurando hoc necessario, *l. admonendi, 13. ubi Dd. sup. t. 1.* semel præstito, est recedendum: *d. l. 4. 3 fin. h. t.* ac vix etiam ex magna causa hodie propter constitutionem Justiniani, *§. oportet. Novell. de judic. Authent. post jusjurandum, C. de judic.* Jure porro Saxon. in hoc jurejurando illud distincte est, quod actor sine jurejurando æstimet, & taxationem faciat, in quam reus condemnatur: nisi quatenus eam taxationem jurejurando suo minuit *Fachs. diff. 7. n. per art. 47. lib. 3. Chil. in pract. c. 130. Reinhar. diff. jud. 23.*

OBSERVATA.

Juram. hoc non est species necessarii.

I. N. *Alia species*) Sed hoc juram. non est species jurisjurandi necessarii. t. *quia necessar. datur non nisi in causis dubiis ob inopiam probationis: l. 31. de jurejur. Wes. n. 7. vers. necessarium quod inopia eod. t. At juramentum in litem non datur ob inopiam probationis, Id. n. 5. h. t.* sed propter dolum vel culpam rem non restituentis, *l. 2. §. ult. h. 2. Actor cui delatum est juram. necessarium, præcisè jurare tenetur, arg. l. 2. C. de jur. propt. calum. dand.* nisi enim hoc faciat, hoc incommodum patitur quod reus absolvatur. At *in juramento in litem secus se habet, ubi* non habet incommodum, aut metuere debet reum absolutum iri *si contentus esse velit communi æstimatione, licet in litem jurare nolit, l. 71. de R. V. l. 2. C. h. Bachov. in not. h. 3.* illud litis definitionem continet, hoc litis æstimationem. Rectiùs itaque hoc

Sed est species juram. decisorii.

dicitur *species juram. decisorii*; quia si debitor conventus & jussus rem exhibere vel restituere, dolo aut culpa sua id negligit, permittitur actori ut rem jurejurando suo æstimet; tum in pœnam, propter dolum & contumaciam non apparentis, tum litis decidendæ (reique explicandæ, h. e. quantitatis determinandæ) gratia. Quomodo nihilominus decisorium rectè dicitur hoc jur. lis namque sic deciditur, commisso ab adversario dolo, per juramentum in litem, *l. 1. h. t.* Idque æquitatis causa inductum esse jure civili indubium est, ne sc. esset in potestate rei, id quod interest actori restitui vel exhiberi, extorquere & retinere per dolum simplici, aut nullius exhibitione, *l. 8. h. l. 70. de R. V. l. 9. rer. amot. l. 25. §. 1. sol. matr.* Bachov. *de action. disp. 7. th. 10. vers. porro.* Dividitur à Dd. communiter in *Affectionis & Veritatis.* Illud aliàs juramentum in litem in specie sic dictum, ordinarium, est quod hic n. 2. ab A. definitur, seu *quo actori ex delatione judicis, res sua quæ ex dolo aut contumacia non restituitur, æstimationem pro arbitrio & affectione sua ultra rei pretium facere licet, l. 1. l. 8. h. t. l. 68. de R. V. l. 54. mandati.*

Origo ex æquitate.

Est vel Affectionis vel veritatis.

Hoc *quod est ex vera æstimatione, citra affectionem, quanti res revera est*, ubi culpâ adversarii res interiit vel deterior facta est, *l.3.§.ult.l.2.§.1.h.t.* vide Bachov. *ad Treutl.d.21.th.11.B.*D.Stuck.1.*conf.*4.*n.*547. ubi dicit, tria esse hujus juram. requisita. 1. factum debitoris. 2. ut res facto illius planè non amplius extet vel non appareat: & 3. ut illius verum precium aliunde quàm per illud jur. haberi non possit. De formulis utriusque juram. vid. idem. *n.*21.46. Nec addenda prædictis est tertia species hujus juram. interesse singularis, quo de & aliis eminentissimi JCti, olim Acad. Juliæ Antecessoris Dn. Joann. Borcholti commentarius *ad h.t.n.*2.*n.*15. 23.24. erit consulendus.

Tria requisit. ver.

N. III. *Ex delatione judicis*) Si enim alius detulit jusjur. nulla ejus religio est, *l.4. §.1.h.t.* Quod licet commune habeat cum juram. necessario, & in eodem differat à reliquis decisoriis, propterea tamen species necessarii non est ut diximus *ad n.1.* Nec officit, quod in *d.l.4.§.1.* & *l.3.§.1.inf.h.* dicitur in arbitrio judicis esse an jusjur. hoc deferre velit: quod absurdum videtur, cum domino licitum sit æstimare, ad quod judex deferre cogitur. Nam res super qua deferendum, vel adhuc extat, vel non. Illo casu in judicis arbitrio est, utrum reo per contumaciam restituere nolenti, manu militari eam auferre velit, vi suæ, quam habet, jurisdictionis, *sec.l.68 de R.V.* an verò juramentum deferre. Altero casu si reus jussus restituere rem non habeat, in judicis arbitrio non est an jusjurandum hoc deferre velit, sed deferre cogitur. Est tamen hoc non affectionis sed veritatis: vid. not. *n.6.h.*

Quaten. judex tenetur id deferre.

N. IV. Notanda hic I. Quæstio *an ob culpam (levem sc.) deferatur juramentum in litem s. affectionis?* Hanc rectè negat Wesenb. per *l.4.§.f.* & *l.5.§.5.h.t.* *l.4.l.§.1. de re jud.* quæ omnes de culpa levi intelligendæ; quia juramentum hoc saltim ob dolum datur, *d.l.5.§.3.h.* aut latam culpam, *l.2.C.eod.* Setzer. *de juram.l.1.c.6.n.21.* & *seqq.* *Bachov. ad Tr. d.21.th.12. E.v.nec.* Unde optimè infert Gail. 2. *obs.*64.*n.*9. & Mynsing. 5.*obs.*71. spoliatum, contra dominum territorii in quo spoliatus est, non posse jurare in litem; *quod dominus territorii hic saltem in culpa sit, & ratione custodiæ, ut itinera tuta curet, tantùm ex qs. delicto conveniatur.* Eidem contectaneum est, juramentum hoc & *contra hæredem contumacis* præstari non posse; tum per *cit.l.f.C.h.t.junct.l.un.C.ex delict.defunct.* tum quod per juramentum in litem pœna q. imponatur doli, *arg.l.8.in fin.h.t.* quam hæres non sustinet, *arg.l.22. C.de pœn.l.20.l.26.ff.eod.* Mynsing. 4.*obs.*12.*n.*11. Excipit Autor casum *l.4.C.h.t.l.58.de O. & A.* nisi sc. lis cum defuncto fuerit contestata, vid. Mynsing. *decad.3.resp.21.n.29.* à quo *in not.* Bachov. ex illa ratione divertit, quod textus *d.l.4.* non sit apertus, & quod per litem contestatam q. contrahatur ut actio transeat in hæredem, non verò ut & pœna contumaciæ. Verùm & *d.l.4.* satis aperta est, & facultas jurandi, concessa *l.8.h.t.* in pœnam contumaciæ (quæ hic non corporis inflictiva, sed restitutio rei aut ejus æstimatio) in hærede benè obtinere potest, per *d.l.unic. C. ex delict. defunct. junct. §.1.in f. I. de perpet. & temper. act.* Aliud est dicendum de juram. in litem veritatis, quod ob levem rei culpam defertur, *l.2.§.1.l.5.§.ult. verb. moram fecerit.h.t.l.3.eod.l.68. de rei vind.* II. Quæstionem, *an hæres ejus, cui dolo restituta res non est, possit reo deferre hoc juramentum*, rectè quidem affirmat Wesenb. *h.* verùm ex adductis Dd. id non benè probatur, ut demonstrat Bachov. *in not.* Verior ratio est, *quod facultas ejusmodi, quæ à lege alicui conceditur, ad hæredes sit transitoria*; sec. principia à natura legum desumpta; quia lex semper loquitur, tam de tempore hæredis, quàm de tempore defuncti, & consequenter ita respicit personam hæredis sicut defuncti; at facultas jurandi est à lege, *arg.l.1.* & *l.3.ib.* Cui accedit & altera ratio rationis, *quod illa facult. jurandi, utpote qualitas actionis ejus quam habuit defunctus, fuerit in eodem, ideoque & ad hæredes transeat*, Nicol. à Noalis *de transmiss.c.54.n.2.* & *seqq.* Plato *d.tr.§.29.n.1.* & *seqq.* D. Stuck. 1. *conf.*4.*n.*514. Sufficit autem in hoc juramento, ut hæres scientiam habeat etiam ab aliis, quam sibi comparare ab iis potest inquirendo, cum sit Credulitatis. Adde dictum Plotum *tr. de in lit. jur.* §.29. & Bachov. nonnihil dissentientem, *ad Tr. d.21. th.10.g.v.illud.* Cæterum si defunctus delatum à judice juramentum jam susceperit, non opus est ut hæres juret, sed jur. pro præstito habetur, wird der Eyd/ der dem verstorbenen aufferleget / für erstattet angenommen/ quo de elegantia habet Gail. 1. O. 43. III. Quod de Pupillis hic habet Wesenb. pertinet ad Personas quæ possint jurare in litem. Ubi notanda regula Ulp. *in l.7.h.t.* quod ita juret actor, qui dominus litis est, & litem suo nomine est contestatus. Hinc arcetur (1) in tutelari causa pupillus, qui impubes est, *l.4.h.t.* Cui non contrariatur *l.26. de jurejur.* ad quam responderi potest, *ibi agi de juramento* voluntario, quod *adversarius pupillo detulit, quo casu is rectè jurat: & quod verba finalia d.l.26. quamvis pupillus &c. sint confirmatoria, & sensus eorum, quod pupillus jurare queat, quia nequit pejerare, cum non possit sciens fallere.* Gl. *ib.* Adolescens autem in litem jurare potest, quia & dominus est litis, & litem suo nomine contestatur. Et quamvis idem curatore consentiente, litem & intendere & excipere debeat, *l.2.C.qui leg.pers.stand.in jud.* tamen hoc ita fit, ut ipse potiùs quàm curator experiatur, agat, & litem contestari videatur: Secus in pupillo, qui omnia agit tutore non modò consentiente, sed & autore. Porro (2) ex ratione prædictæ regulæ non admittendi videntur tutores & curatores ipsi, *l.4.h.* ubi tamen & alia ratio (quamvis generalis) adjicitur, *sc. quod grave videatur, & ignorantes & invitos tutores & curatores sub alieni compendii emolumento, etiam perjurium anceps subire.* Volentes tamen tutores admittuntur, si tantam affectionem præstare velint suo pupillo, *d.l.4.* quia, quamvis non sint domini, tamen loco dominorum habentur; cogi itaque ad hoc nequeunt. Borcholt. *h.c.3.n.12.* & *seqq.* Phanucc. *de jur. in lit. p.2.m.1.n.26.* Quod etiam in matre tutrice admittendum esse tradit Id. Burcholt. *d.c.3.* Joh. Bapt. Plotus *de in lit jur.p.32.n.4.* Sicque & in decisorio juram. obtinet, contra quàm sentit Wesenb. Nam ratio generalis in *l.4.h.* in juramento omni locum habet, sive litis definitionem sive æstimationem contineat *sc. quod tutores & curatores alieno nomine agant, & ignorantiam habere possint ejus rei de qua agitur: & si cogerentur juramentum vel ab adversario, vel à judice delatum suscipere & jurare, anceps h.e. dubium perjurium subirent; quod grave est, maximè sub alieni compendii emolumento*; cum ad ipsos tutores vel curatores nullum hinc commodum redundet, sed omnis inde utilitas sit pupilli vel adolescentis, cujus tutelam vel curam administrant. Hincque rectè Bachov. *in not.* ait, duram esse Wesenbecii opinionem, ad *l.5.C. de reb.cred.* & *jurejur.* respondens, ibi tutorem habuisse scientiam fideicommissi, quia pater eum liberis constituens ab eodem fidei commissum reliquerat. De Syndicis, infamibus, Judæis & similibus vid. Phanuc. *d.tr.p.2.m.1.a.22.* & *seqq.* Plot. §.49. add. à quibus nomine civitatis juramentum præstandum sit, Dn. Mev. 3. *dec.*54. Conf. D. Stuck. *p.1. conf. 4. n.* 497. 498. 499. 500. & *seqq.*

Iuram. affectionis non datur ob culpâ levem, sed latam.

Non contra hær. contumacis

Aliud. juram. veritatis.

Datur hæredi hoc jurâ.

Propter. habetur.

Qui jurét in litem.

An tutor vel curator cogatur jurare Neg.

Etiam quoad juram. decisorium.

N. VI. *Perinde autem*) De actione reali est *l.5. h.t.* quæ generaliter intelligenda, & vera est de

Locus est juram. in

res

Item etiam in action. reali.

rei vindicatione, l.68.de R. V. Publiciana item & rescissoria, arg.d.l.5. junct. l.7.§.in Publiciana: de Public. in rem act. hæreditatis petitione, l.sed etsi §. hac verba. de hæred. petit. actione confessoria & negatoria servitutum, l.harum. si serv. vind. actione hypothecariâ, l. si fundus §.in vindicatione.de pignor. sive hac contra tertium agatur, sive contra debitorem pignus restituere nolentem; contra quam sentit Accurs. in d.l. 5.h.t.

Quom. in personali.

Quoad actiones personales, in primis distingu. an bonæ fidei sint, an stricti juris. In illis locus est juram. in litem, etiam Affectionis: modò sint quæ competunt ad rem restituendam, quæ vel nostra est, vel ad nos aliqua ratione pertinet, l.68.de R.V.l.7.§.2 commod. l. 1. §.26.depos.l. 48.§.1.locat. Indeque & in arbitrariis idem obtinet, ob magnam cum bon. fid. judiciis affinitatem l.5.pr.h.l.18.de dol. mal. in utrisque judiciis stricti juris, & bon. f. præstari potest juram. in litem veritatis, l. 5.§.ult.h.l.6 eod. Quæ omnia vide latè hic explicantem Borcholtum Nustium c. 4. & D. Lauterbach. tract.Syntopt.de jurej.in lit.affect.§. 1. Illud denique animadversione indiget, quod putat Wesenb. in strictis juris actionibus re extincta, domino licere rem suam jurejurando pro arbitrio æstimare, h.e. juramento affectionis. A quo post alios rectè divertit Bachov. h. & ad Tr. th. ult. A. Et probatur per l. 5. §.f.h.t. quæ nunnisi de juramento veritatis est intelligenda. Nec officit l.pen. §. 1. ne quis eum qui in jus vocab. Quia ibi id speciale propter vigorem judicii conservandam, & contemtam judicis authoritatem. Gl. in d.l.pen. Add. omninò notata f. ad t. ne quis eum qui in jus voc. Ideoque nil facit l. 4. §.2.h.t. nam jurare in infinitum, & jurare pro arbitrio. (quæ synonyma) prædicantur saltim de juramento affectionis, ut patet ex l.8.& seqq.h.t. ubi quanti res est, & quanti in litem juratum, opponuntur, ideoque & d.l.4. §. 2. de juramento saltem affectionis est intelligenda. Add. Donell. 26.comm 8.& 10.ubique Hilliger. B.

An judex possit moderari illud, quod actor æstimavit.

N. VII. Potest judex modum) H.e. Judex potest moderari illud quod jurejurando fuit affirmandum, sive jurejurando taxationem aliquam adjicere, l.4.§. 2.h. t.l. 5.§. 1.eod.l.18.pr.de dol. Phanucc.p. 3. n. 1. qui latissimè agit de hujusmodi determinatione. Et fieri illa solet ferè sub hac formulâ quoad jur. affectionis, Könte und wolte Kläger einen Eyd zu Gott und auff sein heiliges Evangelium schweren/ daß er lieber v.c. 1000. R.th. verlieren/ als daß seinige entberen wolle/ daß er alsdann mit angedeuteter æstimation zuzulassen/ und darauff ergehen solle was recht ist/ Gail. de pignorat. c. 18.n. 1. D. Brunnem. de proc. civ. c.23. n. 44. Carpz. in proc. t.12.art.4.n. 21.17.& seqq. Neque officit, quod propter dolum & contumaciam rei in infinitum juretur, d. §. 2.in pr. ideoque huic æstimationi actoris judex nihil possit detrahere. Nam ipsa æquitas judicem ad id impellit, ne sit in arbitrio ejus qui vult jurare, nimium sua affectioni indulgere, nec ita delicto & perjurio ansa detur. Quod si autem taxatio ista judicis præcesserit juramentum, tenetur is sequi statutam anteà à se quantitatem, nisi magna causa urgeat contrarium; tum enim reum vel minoris condemnare potest, quàm juratum est, vel planè absolvere, l. 4. §. pen. in f. h. Ergò si judex antequam juraret actor, quantitatem non taxaverit, poterit nihilominus postea summam juratam moderari; nec enim cogitur sequi jusjurandum actoris, taxatione haud præcedente.

Quid hic ordinariè fiat.

Nimirùm ordinariè prius æstimat actor, deindè moderatur judex, & subsequitur jur. l.4.§.2.d.l.5.§.1.h.l.18.pr.in f. de dol. l.41.§.1. in f. de re jud. vid. Dn. Richter dec.58.n.43. & ad reg. quasd. jur. reg. 2.n. 11.

Quid extraordinariè.

Si autem judex ita non sit moderatus, extra ordinem potest minoris condemnare ex justa causâ, d.l. 4. §.3.& l.5.§.2. Sed Q. an judex & hodie ubi juratum, ex magna causa possit quandoque recedere ab eo quod ipse taxavit s. moderatus est, & aliter taxare? Regulariter quidem id facere non potest, ut ante dictum. Nam propterea 1. debet præcedere liquidatio s. æstimatio actoris, der Anschlag. 2. moderatio judicis, Nov. 82. c. 10. quam postea 3. subsequitur juramenti præstatio. Hæc recta via est: qua de vide responsum JCtorum Jenensium apud Dn. Richter d. decis. 58.n.43.p. 632. Ne, si quando juratum super æstimatione & injusta apparet, difficile sit juramentum retractari, arg.l.9.C.unde vi. Ant. Fab. in Cod.lib.5.t.32.def.1.n. 5. At aliquando & nunc Judici id permissum, ex urgenti causa, per d.l.4.§.pen. quæ nec hodie sublata, Treutl.d.21.th.ult. D. Neque est quod contrarium probare nititur Wesenb. per N 82.c.10.& Auth.post jusjurandum.C.de judic. Nam d.l.4. §.pen. loquitur specialiter (sc. quod ex causa magna possit judex à jurato recedere) at textus oppositi generaliter; ideoque sibi invicem non contrariantur, quia in toto jure generi per speciem derogatur, l.80.de R.I. Assimile huic est, quod reus aliquando & probationes contrarias contra præstitum juramentum possit inducere, d.l.4. §.pen. ibi: repertis probationibus. eod. prout in aliis etiam juramentis, quæ ex legis dispositione deferuntur, obtinet, arg.l.31.de jurejur. Conf. Bach. in not.h. qui tamen ad Tr.d.th.ult. v. licet. absque ratione ad jus antiquum refert, d.l.4.§.pen. h. Adi & de tota materia Jacob. Menoch. 3. arb. q. 268.

Cur h. in infinitum licet æstimare.

Cæterùm quod res in judicium deducta hic æstimetur in infinitum, ex arbitrio actoris, d. l.4.§.3.h. (etiam ultra duplum, arg.l.68.de R.V.l.4.§. 4.h. contumaciæ gratia, l. 8.eod.) illi non obstat quod adversario sic injuria fieri videatur, atque non sit proportio inter rem & pretium. Etenim (1) cogitur hic vendere actor, unde multò magis ipsi libera est rei suæ æstimatio: (2) dolus & contumacia adversarii quoque punienda est, quæ ideoque rem communi precio æstimare non sinunt, sec. extraordinaria principia l. 7. rer.am. l.25.§.1.sol. matr. l.8.h.t. neque hic agitur de vero interesse consequendo, sed de dolo adeoq; delicto puniendo. Conf. de hisce juram. in litem affectionis & veritatis multa præclarè agentem D. Stuk. p.1.cons.4. per tot.

Juram. Zenonian.

Cæterum prædicto juramento geminum est, quod Zenonianum vocat Ant. Fab. in decad.18.err.pragm. 8. & 9. quod veteri Jurisprudentiæ incognitum, prior introducit Zeno Imp. in l.9.C.unde vi, & approbatur in c. f. quod met.caus. quo de elegantem tractatum scripsit ante laudatus I. B. Plotus ad d.l.9. Cui tunc demum locus est, cum quis per vim invasit possessionem fundi, in quo res plures fuerunt, quarum non modò æstimatio, sed & quantitas ignoratur; ita ut aliter quàm per jusjurandum probari nullo modo posset. Ratio itaque hujus juramenti est 1. inopia probandi. 2. odium invasoris. Conf. præter Fabrum d.l. Mascard. in præcam. q.9.n.11.& seq. Gail. 2. O.64.n.10. Carpzov. pr. crim. q. 78.n.59.

Jur. tax. imp. & minorat.

Similia quoque sunt juramentum taxationis expensarum, §. c.p.1.s. 66. & jure Sax. Juram. Minorationis, de quo Rauchbar.l.1.q.9. Mevius. p. 5. dec. 266. D. Stuck. 1.cons.4.n.508.& seqq. ubi & aliorum juram. propter damna locum habentium meminit.

Jur. propt. damna.

TITULUS IV. C. 4. 6.

De Condictione causa data, causa non secuta.

1. *Continuatio tituli.*

POstquam de Condictione certi dictum est, sequitur ut exponamus cæteras huic similes condictiones, quæ non quidem ex mutuo, sed Quasi mutuo, oriuntur: *l. 4. § is quoque, de oblig. § item is cui. in fin. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract.* videlicet cum aliquid Datum est, aut Ob rem vel honestam vel turpem, aut Ob causam, aut Sine causa. Nam si ob rem honestam data sit pecunia, vel alia res fungibilis (in qua sola mutuum, & ideo etiam hoc quasi mutuum consistit, *vide Cujac. obs. lib. 8. cap. 4.*) puta dotis nomine, vel ut filius emanciparetur, vel a lite discedatur: causa quidem secuta, ut secutis nuptiis, emancipato filio, &c. repetitio cessat, perfecto nimirum & absoluto contractu, *l. 1. hoc tit.* Sin autem secuta non est, propter quam dedi, quia affinitas fortè non contrahitur, a lite neque dum receditur, æquissimum ad condictionem ad repetendum id quod datum est, mihi dari.

2. *Causa ex qua detur condictio num. 3.*

Etsi enim negotium hoc in alium contractum certum non transit, neque vi sua parit obligationem, subest tamen Causa & Res: ac eleganter Celsus Aristo respondit, esse συνάλλαγμα unde civilis obligatio nascatur, *l. Iurisgentium 7. in prin. de pact.* Cum enim tibi cederem Rem meam propter Causam, ut aliquid des vel facias, certè ex æquitate naturali obligatus es, ut aut impleas causam, cujus respectu tibi dedi: aut si nolis, reddas mihi. quod propter causam accepisti, ne tu ex injustè contra voluntatem meam locupletere: quia ex æquitatis obligatione datur mihi Jure Civili Condictio causa, id est ob causam dati, causa non secuta: *l. 1. 2. 3. 4. 5. & tot. h. tit.* si videlicet non stes conventioni, & moram facias, *l. 3. s. 1 h. t.* Nam si in nulla mora casltas, inhibenda erit repetitio, donec constet te satisfacere, aut nolle, aut non posse *l. quod Servius 8. in prin h. t.* At cui implere contractũ præcisè non cogitur is, qui accepit ob causã, curve condictio competit ad repetendũ quod datũ est, rescindẽdumque contractum, contra communes regulas quibus traditur, Non ad distractum, sed implementum contractus esse agendum? *l. ea conditione 14. C. de rescind. vend. l. vendita, 6. Cod. de actio empt. cum simil.*

3. *Ratio contractuum*

Ideò fit, quia Jure civili certæ tantum conventiones juris gentium receptæ roboratæque sunt: quibus quoniam utiliter communicari res inter homines videbantur, nomen speciale tributum, vis que attributa est obligationis, ex qua postquam conventum esset, agi rectè posset, ut conventionis fides impleretur: *l. 1. in fin. de rer. permut. vide sup. de pact.* Reliquæ conventiones receptæ non sunt, neque ulla prodita est actio, qua ad earum implementum agatur: cum ne immensum leges discordiarũ ac litium, ad perniciem civilis consociationis excrescat: tum quia nulla subesse videtur obligationis causa, *d. l. jurisgentium, § sed cum nulla sup. de pactis.* Unde & hi contractus innominati, Do ut facias, & similes, ut lo nomine, nullã certã contractus specie induti formatique sunt, & proinde nullam producunt ex vi solius conventionis obligationem aut actionem: sed cum jure naturæ, quatenus συνάλλαγμα contractum est, & res intervenit, eatenus obligatio semper contrahatur, propterea quod justa subest obligationis causa (æquum enim est, neminem locupletari cum alieno damno: nec pecuniam alienam, ob causam acceptam, nullo contra præstito, & sine causa retineri:) meritò jus civile, secundum hanc naturæ rationem, etiam hos contractus, quamvis per sese invalidos eatenus valere, ac civilem parere obligationẽ voluit, quatenus res intervenisset: ut qui ob causam quid accepisset, accipiendo obligaretur, vel ad implendam causam: vel ad reddendum quod accepisset. Neque enim necessitatem implendi hi contractus obtinent, cum non ex conventione, sed solá rei contrectatione, accipient obligetur: quam si restituat, jam deficiente contractus æquitate, & obligationis substantia, cum illo amplius agi non potest.

nominatorum & innominatorum.

4. *Quare in his pœnitere liceat, & ratio l. 3. §. 1. & l. 5 h. tit.*

Et adeò quidem nulla inest his contractibus extra rem obligatio, aut implendi necessitas, ut si tibi dedero ut quid facias, pœnitere & repetere quod dedi possim. *l. 3 § 1 l. 5. in princ & §. 1. h. t.* Etsi enim tu mihi obligatus es, quia rem meam habes: tamen ego tibi nullá æquitatis ratione sum obstrictus, cum nihil a te mihi sit præstitum, quo æquum sit me tibi obligari. Nulla ergo tibi fit injuria si rem meam repetam, quæ apud te est sine causa, quum nullum inde damnum facias. Quod si tu aliquid præstiteris, non modo facto impleto, sed etiam affecto aut inchoato: jam quia res non est integra, neque sine tuo damno pœnitere possum, inhibenda erit repetitio: nisi indemnitas tibi præstetur ejus quod impendisti, *d. l. 5 in prin. & § 1. 2. h. t.*

OBSERVATA.

Ratio connexionis. Condicere quid 1. 2.

N. I. Propter actionem ex mutuo, quæ signatè Condictio certi vocatur, agitur hic de nonnullis aliis Condictionibus, in specie sic dictis. Condicere autem, secundum *Festum lib. 3. de verb. sign.* *Primò* est simul dicere. Ita habetur in *l. 66. de contr. empt.* quædam in vendendo fundo, etiamsi non condicantur, præstanda esse. Hinc condictum est simul dictum. *Secundò* condicere est *dicendo denunciare.* Unde olim vocatus in judicium tenebatur ire, nisi duci vellet, vel etiam satisdare, *t. t. in jus voc. ut eant, vel satisd. vel caut. dent.* quod posterius si eligebat, differebatur itio in diem certum, *quem actor dicebat.* Hinc autem diem ita *dicebat actor*, ut & *reus simul cum diceret, ille denunciando, quo reus debebat die se sistere, hic contra denunciando, quo die vellet adesse, arg. l. 8. qui satisd. cog.* Hoc sensu condictio *nihil aliud est, quàm in diem certum, quo litigantes in jus ire debeant, denunciatio.*

Condictio aliqu. est denunciatio.

Etsi autem ejusmodi denunciatio mutua in omnibus actionibus tam personalibus quàm realibus in usu fuerit, *vid. Coras. 4. misc. 7. n. 14.* atque ita Condictionis nomen videatur in genere prædicari de omnibus omninò actionibus; tamen aliud reverà est actio, aliud de actione instituenda diei dictio s. denunciatio, quam actio sequebatur. Quin & Reales actiones, cum certis suis causis constent, statim singulare nomen appellativum invenerunt, ut vocarentur speciali nomine *Rei vindicatio, hæred. petitio, confessoria actio & sic deinceps.* Etiam ex personalibus quædam à nomine (*forma specifica*) nominatæ, appellatæ, aliæ à causa sua præscriptis verbis seu in factum dici cœperunt, imprimis postquam denunciationes illæ solennes in usu esse desierunt: ex constitut. Impp. Arcad. Honor. & Theodos. *in l. si quis debito. C. Theod. de denunc.* reliquæ autem retinuerunt nomen generis & vocatæ sunt Condictiones in specie. Hinc Condicere abusivè translatũ est ad actiones personales, & *Tertiò* significat repetere, vel petere ab illis quibus dare aut facere incumbit, §. 15. *de act. l. 13. de mort. caus. don. junct. § 1. de action. l. 175. de V. S. l. 218. eod.* Eodemque sensu condictio accipitur dupliciter: 1. in genere pro actione personali, *d. §. 15. l. 25. pr. de O. & A.* 2. strictè pro illa specie actionis personalis, quæ nec nominata est nec in factum, sed condictio in specie, & nominatæ atque in factum specie contra distinguitur, *t. t. h. & seqq.*

3. Condictio ad actiones personales Duplic. capitur.

Est certi vel incerti ab objecto

Dividitur Condictio latè accepta præcipuè dupliciter: (1) ratione objecti in Condictionem certi & incerti, *l. 9. de reb. cred. l. 3. de cond. sine caus. l. 12. § f. de condict. furt. l. 19. in f. de precar.* Illa est actio personalis, qua certum aliquid nobis dari petimus, *d. l. 9. pr. & §. 13.* Hæc qua incertum, *arg. l. 8. de act. emt.* Certum autem hic dicitur, quod coram apparet, vel nomine suo designatur, aut ita demonstratur, ut exodè cuique certum esse possit, quid, quale, quantumque sit, *ut aurei decem, fundus Tusculanus, tritici Africi optimi modii centum, l. 6. de reb. cred. junct. l. 74. § 1. de V. O.* Incertum, quod ex verbis, scriptura, aut demonstratione certum non est, ut si quis fundum sine propria appellatione, frumen-

frumentum sine qualitate &c. promittat, *l.1. §.3. d. t. ubi Gyphan. l.2. de act. emt. l.5. eod. l.34. de S.V. l.72. §. f. de cond. indeb.* (2) Ratione formæ dispescitur Condictio in Actionem nominatam, præscriptis verbis sive in factum, & Condictionem in specie *l.7. §.2. de pact. junct. l.1. & 2. de præscr. verb. t. a. b. & seqq.* Hæc verò Condictio (& civilis quidem) iterum septemplex est. De quibus minus rectè in genere hic affirmat Autor, *quod ex q. mutuo oriantur*; nam q. mutuum quod intelligit, sec. Dd. indebitum est. Ex quo quidem oritur Condictio indebiti, sed non & cæteræ Condictiones. Conveniunt quidem hæ omnes nomine generis & quoad effectum generalem: quomodo & intelligendũ, quod dicitur in §.6. *I. de Oblig. quæ q. ex contr. oriuntur*, eum qui indebitum accepit, perindè obligari ac si mutuum ei daretur, & ideò condictione teneri. Et §.5. *Inst. quib. mod. recontr. Obl.* ei, qui accepit indebitũ, perindè condici posse ac si mutuum accepisset: hoc enim verum, *quoad effectum obligationis & Condictionis in genere, non verò quoad eandem speciem obligationis & Condictionis.* Attamen lata, non modò inter mutuum & q. mutuum s. indebitum, & consequenter inter actiones indè descendentes, ut ostendit Bachov. *h. ied* & inter alias Condictiones differentia est, ut ex seqq. patebit. Proindè & falsum, quod A. etiam negotium ex quo hæc actio, asserit, ex q. mutuo s. indebito esse. Quod nec pecunia sit vel alia res fungibilis, sed rerum omnium est, quæ indebitè solvi, atque ita apud alterum sine causa esse possunt, *l.65. de cond. ind.* Cæterùm prædictis duo adhuc commodè adjiciuntur. Primum est, quod nonnulli arbitrantur dividendam Condictionem in generalem & specialem, *ita ut hæc ex mutuo sit & stipulatione; illa verò quæ non ex una negotii alicujus specie oriatur, neque ad unam aliquam speciem accommodetur, sed ad plures pertineat, quasi ea sit ex condictione tanquam genere generalissimo, ut condictio ex lege generalis, & triticaria.* Verùm de speciali, sententiam veram exposuimus, ad tit. *de reb. cred.* Generalis verò condictio dupliciter dici potest. 1. *ut condictio denotat rem specie superiorem.* Atque sic condictiones quæ ex lege & triticaria, generales non sunt; quia alia ab ea est actio personalis, qua intenditur dari vel facere oportere in genere, condictio, §.15. *de act.* quæ de illis, perindè ut de aliis quæ ex contr. nominato vel innominato, ceu pluribus speciebus in quæstione quid est, prædicatur. 2. Generalis condictio vocatur *ratione materiæ s. objecti*, quod non est de uno & eodem negotio, sed ex variis causarum figuris, *arg. l.1. de oblig. & act.* Quomodo triticaria est non modo ex mutuo, sed & ex omnibus contractibus, certæ & incertæ æstimationis. *l.1. de condict. tritic.* eodemque sensu condictio ex lege generalis dicitur Autori *pr. ad t. de cond. ex leg.* Quin ita quoque generales sunt condictio sine causa & indebiti. Et hoc est quod Bachov. *ad Tr. disp. 23. th. 1. C.* monet, distinguendum inter generalitatem causæ & objecti. Nec enim implicat, condictiones in specie sic dictas, quandoque ratione materiæ esse vocarique generales; exemplo hæreditatis pet. confessoriæ pro jurisdictione speculi; quæ actionum in rem vel personam species, & tamen alio sensu sunt generales, juxta observata *ad t. de hæred. pet. n. 5. in f.* Alterum notatu hic dignum est, Condictiones has omnes *naturales esse & juris gentium.* 1. quia tales actiones in genere usurpatæ quoque gentibus aliis. 2. per *l.8. §.22. in f. de transf. l.6. §.5. l.25. rer. amot. l.15. l.65. §.4. l.66. de cond. indeb.* 3. quod juxta principia justitiæ reddi debet, quod penes alium sine causa existit (quæ ratio inserta est textui *l.6. de cond. ob turp. caus. d. l. 66. de cond. indeb. elog. text. l. 32. de reb. cred.*) & dare vel facere eum qui ad hoc est obligatus *l.1. de pact. junct. §.1. & 15. de act.* Verùm tamen hoc est, quoad absolutè & sec. esse genericum considerantur: alioquin relatæ ad Remp. Rom. plurima habent, quæ ex jure civ. scil. positivo descendunt, principiisque juris tam extraordinariis & singularibus, quàm ordinariis, *l.25. rer. amot. §. 24. I. de act.* quæ ipsa juri naturali tamen haud sunt repugnantia, ut ex seqq. apparebit. Conf. Grot. *de j. b. & p. c. 1. n. 2. ubi condictiones refert* ad damni reparationem, quia ad compensationem ejus quod abest directæ sunt.

A forma nominata, actio præs. verbis & condictio in specie.

Condictio in specie septemplex.

Non est ex q. mutuo s. indebito

Ut nec negotium quo de actio hujus est.

Q. an hæ condictiones & quidem ex lege triticaria, possint dici generales.

Affirm. ratione objecti.

Condictiones hæ sunt naturales & juris gent.

N. II. Primò inter Condictiones in specie se exhibet, *Condictio ob causam s. causâ datâ causâ non secutâ.* Est autem illa nihil aliud quàm *actio personalis, quâ quis repetit quod ob causam futuram honestam* dedit, fecit vel promisit, (*l.4. l.19. h. arg. l.4. ubi Cujac. C. eod.*) *vel quod causa non secuta sit, vel quod re adhuc integra dantem pœnitet.* Personalis *dicitur, quia ex negotio est*: quale autem hoc sit, inter Interpp. non convenit. Plerique, quos sequi videtur A. putant esse contr. innominatum scil. conventionem, quæ causam & rem habet: ita & Donel. *14. comm. 24.* Oldend. *6. class. 4.* Rectiùs *secundum principia eorum qui agunt, atque illa quæ à legis fictione proficiscuntur*, distinguuntur hic duo facta, *arg. l.13. inf. commod.* 1. quo aliquid datur verà, expressâ conventione & in certum aliquem finem, seu quod constituit contractum innominatum, producitque actionem præscriptis verbis, *l.5. de præscr. verb. l. 7. §.2. de pact.* 2. quo fictè intelligitur (ex legis præsumptione) simul hoc actum, ut si finis ille, ob quem datum quid, non sequatur, illud liceat repetere, *arg. 65. §.4. arg. l.3. l.7. C. eod.* Et ex hoc facto s. negotio, quod præter verum conventionem de dando, subest, ceu q. contractu, oritur Condictio caus. datâ, causâ non secutâ. Vid. Bocer. *2. class. 27. th. 1.* Neque mutat, juxtà A. hic subesse synallagma; quia hoc in omni etiam q. contractu est, nec id solum facit contr. esse nominatum, sed si & consensus verus intercedat, qui in q. contractibus non est. Quod adeò verum, ut nec sit ex contr. licet expressè addatur, quod nisi vicissim quid detur aut fiat, datum debeat repeti, quia hoc est ex accidenti, cum aliàs idem tacitè insit, *arg. l.2. de cond. indeb.* Cæterum ead. ratione & condictionem ob turpem vel inj. caus. item cond. sine causa esse ex q. contractu asserit Bocerus *d. th.* quod an verum sit, suis locis videbimus. Ut autem hæc Condictio competat, duo requiruntur (1) ut aliquid sit datum, factum, *arg. supr. d. l.9. h. ab. 4. C. eod. junct. l.75. de leg. 1.* (2) ob causam futuram, h. e. eo animo, ut quid sequatur *l.52. de cond. ind.* & inhonestam, *l.1. pr. h. l.1. §. 4. de cond. ob turp. caus.* Proindè datum intelligitur, quod in aliquem est collatum, sive naturaliter sive civiliter, sive sit res, *l.52. d. in summa 65. de cond. indeb.* sive liberatio, *arg. l. 4. l.10. h. t.* sive obligatio, *arg. l.4. C. eod.* Causa autem futura utrùm verbis expressis adjecta sit, utrùm verò ita, ut ex conjecturis demum constare possit, perindè est, ut in casu *l.1. C. h. t. & l.6. ff. eod.* si sponso dos simpliciter detur; licet enim non addatur, si nuptiæ non sequantur, id tamen tacitè adjectum intelligitur, (adeoque itidem ex principiis agentium dependet) ut nuptiis non secutis, utpotè causâ cessante, dos repetatur. Duæ verò sunt causæ, ob quas ille qui dedit, re non secutâ omittere potest actione præscr. verbis & cond. caus. dat. agere ad repetendum, ex parte accipientis *Cessatio seu mora*, & *Pœnitentia* ex parte dantis, *l.3. §.2. h. l. 5. eod.* Et ratio quoad moram est quod, ut suprà dictum, tacitè conventum sit legis fictione, re non secutâ v. c. ob cessationem ejus qui accepit, rem fore condicendâ, *d. l.13. commod.* Ut verò propter moram locus sit Condictioni, interest utrùm accipiens *noluerit* implere, an verò *non potuerit*? Priori casu quin locus sit condictioni, indubium est, *l.8. h. t.* Posteriori casu dist. Nam impeditus est implere contr. vel ob *impossibilitatem*, vel

Quid sit cond. caus. dat.

Non est ex contr. innominato, sed quasi & tacito.

Quæ competere ut sit locus huic condictioni.

Causâ non secuta condici res potest vel ex mora debitoris.

Quomodo propter moram.

vel *ob casum fortuitum*, vel *ob culpam*. Causa impossibilis est vel de jure, vel de facto. Si de jure, tum vel ex se & suâ naturâ, ut committere adulterium, homicidium; vel secundùm quid, ut esse procuratorem, quod per se licitum, in milite verò prohibitum est: & illo casu cessat Condictio, quia causa utrinque turpis est, in qua potior ratio possidentis, *arg. l. 8. de cond. ob turpem caus.* altero casu Condictio locum habet, *l. 1. l. 5. C. h. t.* Si de facto causa est impossibilis, interest utrùm dans hoc sciverit, an verò non? Ubi scivit, condictio cessat, quod sciens causam obtineri non posse, intelligatur eam non seriò adjecisse, *arg. l. 2. h.* Ubi ignoravit, ei locus est. Si casus fortuitus obstitit impletioni, vel datum quid est, ut detur vicissim, vel datum ut fiat. Illo casu, si citra moram accipientis periit res, quæ debeat reddi, condictio cessat, per *l. 5. §. 1. de præscr. verb.* quod debitor interitu speciei liberetur. Hoc casu interest, (1) an res *certæ speciei* fuerit in quâ erat quid faciendum: quæ si periit, condictio cessat, *l. 3. §. 3. h.* adeò ut factum pro præstito habeatur, *l. 5. §. 4. & 4. eod.* (2) an personæ debitoris culpa imputari nequeat. *l. 38. §. 1. locat. l. 1. §. 13. de extraord. cognit.* (3) an factum ipsum, dum præstatur l. expeditur, casu impeditur, an verò antea; ut si dedi pecuniam Titio, ut me nave transveheret, & navis ante vecturam casu sit perdita: Illo casu cessat condictio, *arg. l. pen. C. h.* hîc competit, *l. 15. §. item locat. cond.* Add. Dn. Carpz. 2. *def. 10. const. 15.* *ubi ponit in dubio standum regula, quod casus fortuitus implementum impediens faciat cessare conditionem.* Culpa vel est accipientis vel dantis. Si hujus, condictio denegatur, *arg. d. l. 5. §. 1. inf. de præscr. verb.* unde si sponsus donaverit quid sponsæ, aut hæc illi, futuri matrimonii causa, & nuptiæ culpâ dantis non sequantur, repetitio cessat, *l. 15. C. de donat. ant. nupt. ubi Gl.* Ubi culpa debitoris accipientis est, Condictio conceditur, *l. 8. C. h.* Eodemque referendum, si culpa ejus casum præcessit, v. c. si is casui morâ sua causam dederit, *l. 3. §. 3. l. 5. §. f. h. l. pen. verb. non culpa accipientis. C. eod.* Add. omninò Bacchov. *ad Tr. disp. 22. th. 2. A.* ubi refutat Donellum dissentientem, & rectè ait, propter diversitatem factorum & casuum isthæc vix posse certâ regula definiri, ideoque rem plerumque ex æquitate decidendam. Impossibile enim legem de singulis statuere, de quibus ideoque lex nulla esse potest sed prudentia est 5. *Eth. 14. l. 12. de legib.* in qua maxima JCti opera collocatur. Et animadvertisse hoc veteres, arguit textus in *l. 5. pr. & § ult. h.* ut nimirùm consideretur, utrius causa potior sit, quis moram commiserit, unde alteri damnum oriatur. Et tantùm de mora.

Vel Pœnitentia ex voluntate creditoris: & quomodo.

Altera causa est pœnitentia dantis. Nam hic datione rei ad certum finem facta, accipientem quidem sibi obligavit, at ipse accipienti non ita obligatur, nisi & is invicem aliquid præstet, & ita datione vel facto aliquo dantem sibi astringat, *l. 1. in fin. de rer. perm. arg. l. 6. §. 4. de præscr. verb.* Exceptio tamen est, (1) si accipiens in negotium susceptum necessarias impensas fecerit; *l. 5. h. t.* (2) Si dans eo ipso etiam se obliget ad factum, ut si Sponsa Sponso det dotem futuri matrimonii causâ: tum enim Sponsa dando insimul se obligavit ad contrahendum matrimonium, *l. 8. eod.* Adde (3) ubi re amplius non integra citra moram accipientis impletioni officit casus fortuitus, *arg. l. 5. §. 3. & 4.* Bach. *d. loc. sub fin.* Cæterùm hoc jus pœnitendi tantum in eo, qui dedit, obtinet, propterea que ex sua tantùm pœnitentia hæres hanc condictioné movere non potest, *l. 32. §. 2. de don. int. vir. & ux.* quia jus pœnitendi personale, cùm sit voluntatis, defuncto cohæret & cum ipso moritur, *l. 4. locat.* Confer Juliæ nostræ quondam celeberrimum Antecessorem Dn. Andream Cludium, *comm. eleg. ad h. t.* quo leges ff. & C. omnes dilucidè exponit.

Quare contractus qui hic subest, non detur ad implendum?

N. III. *Ideo fit*) Intendit hic Wesenb. removere rationem dubitandi in fine num. præced. propositam, quæ hæc est: *Omnis contractus obligat ad implendum: At negotium quod hic subest, est contractus. E.* Ipse respondet ad majorem, dist. inter contract. nominatos & innominatos; *illis dicit agi præcisè ad implendum; ex his non item, adeoque hic illum qui accepit rem, præcisè cogi non posse ad implendum, quod acceptione solâ se obligaverit, ideoque illius redditione non possit cogi ad servandum id quod promisit.* Verùm quàm longissimè hæc à principiis Juris abesse videntur. Ideoque primò distinguendum est inter contractus, qui continent obligationem dandi, & qui habent obligationem faciendi. Illi vel sunt nominati, & ex iis præcisè agitur ad implendum, exceptis quibusdam, ut mandato, societate, locatione &c. vel innominati; & hi licet sint dandi, tamen non producunt actionem, quæ præcisè ad implendum competit, quia hæc contr. innominatorum natura est, ut ex illis agatur ad implendum, vel ad id quod interest, *l. 5. §. 1. & seqq. de præscr. verb.* Idemque & in contractibus illis qui faciendi obligationem habent, obtinet, per *l. 13. de re jud.* Deindè falsum est, quod Wes. ait, hosce contr. non continere necessitatem implendi, & & pœnitere posse accipientem. Nam (1) aliud est habere necessitatem implendi, aliud ut præcisè impleatur id quod conventum: hoc non habent contract. innominati, *d. l. 5. §. 1.* sed tamen illud; & quia contractus sunt; & quia necessitas obligandi contractuũ est effectus, *l. 5. C. de O. & A.* (2) nullibi dicitur, quod in contract. innominatis pœnitere possit accipiens, sed quod ille tantùm qui dedit. *l. 3. §. 2. h. t.* & accipiens eo ipso quod accepit, se obligavit danti ad implendum, ideoque licet rem reddat, si tamen eo contentus esse nolit qui dedit, ad interesse tenebitur: multò minùs danti ad implendum agenti obstat exceptio oblationis rei acceptæ. Quia ut suprà diximus, hæc condictio non ex vero & innominato, sed improprio contractu: & itidem ex indebito actio datur ad distrahendum. Conf. Bachov. *in not.*

TITULUS V. C. 4. 7.

De Condictione ob turpem vel injustam causam.

I. Quid sit ob rem vel ob causam idem.

OMne quod datur, inquit Paulus *l. 1. h. t.* aut ob rem datur, aut ob causam. Ob rem dari dicitur, cum in hoc datur, ut aliquid consequatur, & accipiens vicissim rem det, vel quid faciat. Ob causam damus: ut plurimum præteritam: veluti cum, ideo do, quod aliquid à te sim consecutus, vel quod à te quid factum est, *l. donum 52. inf. tit. 1.* Quanquam potest &, in futurum ob causam dari, ut sub aliqua conditione. Cum ob rem datur, re secutâ contrahitur ἀναλλαγμα: cùm ob causam, non semper, si vel causa sit præterita, vel futura, quæ non est in potestate accipientis, neque ab ipso proficiscitur, vel si fuerit falsa. Et hæc quidem respectû propriæ verborum significatione, ita se habent; alioquin qui ob rem dat, dare ob causam dicitur, ut ex superiore titulo apparet. Datur autem ob rem aut Honestam, aut turpem. Ob rem honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non fuerit, ut paulò ante diximus.

Ob

2. *In turpi causa quando dantis est turpitudo, cessare condictionem.*

Ob turpem ita datur, ut aut dantis sit turpitudo, non accipientis: aut accipientis duntaxat, non dantis: aut utriusque. Cum solius dantis turpitudo versatur, repetitio cessat, quæ non conceditur suam allegandi turpitudinem: *l. mercalem 5. C. eod. tit.* ut si meretrici quid detur: etenim hic non utriusque, sed dantis tantum turpitudo eminet.

3. *Cum accipientis est turpitudo, semper condictioni locum esse.*

Nam quod ad accipientem attinet: etsi turpiter facit, quod sit meretrix, turpiter tamen non accipit, cum sit meretrix, *fac. l. quæ adulterium 29 C. ad l. Iul. de adult.* Unde verius est donationem valere, *l. affectionis 5. de donat.* & repeti non posse, *l. 4. vers. sed & quod meretrici. h. t.* Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, propter quam datum est, repeti potest. In quo differt hæc condictio à præcedenti, quæ causa secuta cessat. Exempli gratia: Si dedi tibi ne furtum facias, neve hominem occidas, vel ut reddas mihi depositum, aut in bona causa pro me pronuncies. Cum enim turpiter accipias, qui quod gratuito virtutis amore & officii legumq; reverentia adductus præstare debueras, precio nundinaris; *l. fin. h. t.* meritò quod datum est, condici poterit, *l. 1. 2. h. t. l. 3. l. 4. l. pen. & fi. C. eo.* nemo enim ex sua turpitudine ac injustitia lucrum sperare & facere debet, *l. miles 11. § 1. ad l. Iul. de adult.* Quanquam quod ad eum attinet, qui in bona causa aliquid judici dedit, etsi turpiter dare non videatur, quoniam dat ob id quod jus fasque est consequendum: tamen ne venum prostent sententiæ, & ad corruptelam judicum animi malo munerum exemplo assuefiant, atque adeò quia is qui dat, quantum in se est judicem corrumpit: ab Imperatore Antonino constitutum est, ut is litem perdat, qui diffidentia justæ sententiæ in pecuniæ corruptela spem negocii reposuerit: *l. 1. cum Authen. seq. C. de pæn. jud. qui ma. jud. d. l. 2. hoc tit.*

4. *Cum utriusque est turpitudo, cessare condictionem.*

Ubi autem & dantis & accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, *l. 3 h. t.* ut si propter stuprum aut lenocinium quid detur, *l. 2. l. 4. l. mercedem, C. eo.* vel si quis deprehensus in flagitio, se mercede ab indicio redimat, *d. l. 4. h. t.* exceptio, si quid justo mortis metu præstitit, *l. iust. timorem, 7. in fin. de eo quod met. caus.* Cum enim & dantis & accipientis turpis sit causa, juxta communes juris regulas, in pari re potior debet esse accipientis & possessoris conditio, *l. pen. h. t. d. l. 2. d. t. mercalem, C. eo. § commodum Inst. de inter, l. 2. C de probat. l. fin. C. de rei vend. l. favorabiliores, 125. de reg. jur. c. cum sent. ext. eod. l. Arrianus, 47. de actio. cum simil.* Quod autem de turpi causa dictum est, idem etiam in omni injusta causa obtinet *gl. in l. perpetuo 6. h. t.* Quicquid enim injustè datur aut fit, quando injustitia nihil sit tertius, id turpiter dari, aut fieri necesse est.

OBSERVATA.

Synallagma contrahitur sive ob rem detur, sive ob causam.

N. I. *Cum ob Causam non semper*) putat Wes. quando aliquid datur ob rem, re secutâ contrahi synallagma, quando verò ob causam, (ut plurimùm præteritam) non semper. Verum licet causa sit præterita vel futura, tamen & tunc Synallagma contrahitur, quia hoc fit rei datione, *arg. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. §. 1. & & seqq. de præscr. verb.* ergò eo ipso dum datur, ob præteritam vel futuram licet causam, Synallagma intercedit. Vid. Bach. *h.*

Turpis causa vel civiliter vel naturaliter.

N. II. *Ob turpem*) Turpe hic dicitur, quod Probrosum est, vel jure naturæ sive gentium, vel jure positivo *l. 42. de V. S.* ἀδικον φύσει, ϗ τάξει juxta Arist, *1. m. mor 34. 5. Eth.* 10. Illud quod turpitudinem habet juri naturæ contrariam, ut homicidium, adulterium, furtum, incestæ nuptiæ, *l. 5. h. Clem. 1. de homicid. l. f. in pr. de rit. nupt.* Hoc quod jure civili prohibitum, ut prodire in scenam lucri faciendi causa, convenire de certo hærede instituendo &c. *l. 1. l. 2. §. 5. de his qui not. infam. l. 61. de V. O.*

Meretrix turpiter non accipit jure Rom.

Ut si meretrici) Negat JCtus in *l. 4. §. 3. h. t.* si quid datum meretrici, id posse repeti. Sed obstare videtur, quod hic non solius dantis turpitudo sit, verùm & accipientis, cum in meretrice duplex sit ratio turpitudinis: scil. 1. prostitutio corporis pro mercede, *arg. l. pen. de his, qui not. infam.* 2. sordes & vita meretricia. Verùm quod ait JCtus *in d. l. 4. §. 2.* ita se habet sec. principia legis permittentis, *arg. l. 7. de legib.* scilicet si respicias sæculum Ulpiani, quo lupanaria & professio stupri jure Rom. positivo erant licita, ut rectè Bachov. *ad Tr. disp. 22. th. 7. D. arg. l. 27. § 1. de petit. hæred. l. 31. §. 2. ad L. Jul. de adult. l. 22. C. eod.* tolerabantur enim meretrices, & lupanaria ceu propria sibi domicilia habebant, *l. 43. de ritu nupt.* Diss. Mæstert. *de inst. leg. Rom. l. 2. dubi.*

Secus jure nat. & inter Christianos.

Aliàs verò jure naturali, maximè inter Christianos, non est dubium, utrinque hic esse turpitudinē, *c. meretrices, c. nemo 32. q. 1. c. 20. ubi CC. de sponsal.* Effectus tamen paribus est, nam datum meretrici ob usuram corporis repeti non potest, & quidem tempore Ulp. quod dantis erat turpitudo, qui repetiturus allegasset propriam turpitudinem: revera autem quod utriusque turpitudo subsit, ideoque melior ratio est meretricis possidentis, *arg. l. pen. h. t.* Quod tamen verum *respectu dantis*, qui ab accipiente nequit repetere, nam jure nat. & positivo novo, possunt ejus proximiores vel fiscus, *l. 1. C. de nat. lib. in f.* Quamvis autem non desint ex mente Thomæ 2. q. 62. art. 5. simpliciter probantes juris Rom. rationem, h. e. *quod dantis tantum turpitudo sit, non meretricis accipientis, d. l. 4. §. 3.* quæ non agat contra justitiam, q. vendendo usuram corporis; *cum actio ejusmodi, quia utilis & delectabilis, dignus sit pretio.* juxta Scholasticos & Theologos Pontificios ferè omnes: vide Sotum *de I. & I. q. 4. art. 1.* Filliuc. *tr. 31. c. 9. n. 230. & seqq.* Joh. de Lugo *disp. 18. sect. 3. n. 46.* Attamen rectæ rationi & hominibus Christianis minus congruere talem opinionem, sed & accipientis turpitudinem hic censeri, planè nullus dubito. Nam actus meretricius vel secutus non est: & datum reddi debere concedunt omnes, Lugo *d. s. n. 45. v. communius.* Vel est secutus; & jure nat. turpitudo subest & in dante & accipiente. 1. quia fornicatio turpis est illo jure, ex se & ratione objecti: multoque magis publica scortatio, qua de *d. l. 4. §. 3.* 2. quia uterque debet carere delectatione quam expetit ex re turpi; 3. maximè homo Christianus, fatente ipso Lessio *lib. 4. c. 3. d. 7.* 4. per text. *Gen. 6. 7. 19. 34. 1. ad Corinth. 6. ad Ebræ. 13.* Eademque ratio est in fornicatione occulta & quavis alia, contra quam sentiunt itidem Filliuc. & de Lugo *locis cit.* Ideoque non officit, quod *in d. l. 4. §. 3.* dicitur, meretricem turpiter quidem facere (scil. vitio fornicationis juri naturali contrario) sed non turpiter accipere. Quamvis enim flagitio commisso non possit dici accipere causâ libidinis futuræ, propter præteritam tamen accipit, cujus causa jure naturali (non obstante, *l. 5. de donat.* quæ de jure positivo intelligenda, maximè quod donationes meretrici factæ revocari possint, *l. 2. C. de natur. lib.*) non potest non esse turpis, & acceptione tacitè non approbata. Atque sic post Don. 14. *comm.* 25. Scip. Gentil. 1. *de don. int. vir. & ux. 9.* Freher. 2. *parerg.* 14. Bach. *d. th.* 2. piè sentit noster Cludius *comm. ad h. t. c. 3. n. 11. 12. & seq.*

An promissum petat.

Verùm Quæstionis est, si meretrici quid promissum, an indè actionem habeat. Neg. per *l. 1. l. 5. C. h.* quod talis stipulatio contra bonos mores non valeat? Nec obstat *l. 8. h. 126. de V. O.* ad quas respondet Giphan. *ibid.* Diss. Covarr. *ad c. peccatum. p. 2. §. 2. n. 1. de R. I. in 6.* ex ratione quam *suprà vers. quas.* ex Lugone recitavimus.

Turpis est causa accipientis dupliciter.

N. III. *Quod si turpis causa accipientis*) Solius autem accipientis & non dantis turpitudo (ratione illiciti vel liciti, sive omittendi aut faciendi) dicitur dupliciter, (1) *negativè, si dem alii, ne faciat, quod ipso jure per se facere prohibetur*, ut ne homicidium aut sacrilegium committat, *l. 2. h. t.* (2) *affirmativè, si dem ut id faciat, quod ipso jure facere tenetur*, ut si detur furi, ut rem ablatam restituat, *l. pen. & ult. C. h. t.* Quod *si dedi, ut in bona*

Q. de judice cui datum in bona causa.

bona causa pro me pronuncies quæritur an locus sit Condictioni? Aff. Wesenb. per *l. 2. §. 2. pr. h. t.* Verùm obstant ejusdem §. 2. verba finalia: *vers. sed hoc quoque* unde rectius Bach. Donell. & alii statuunt, condictionem cessare: *quia judex non modo turpiter accipit, sed & qui dat crimen contrahit.* quia judicem ita corrumpere videtur, dum vix possit non habere intentionem corrumpendi; 2. quia ita dans, ex rescripto Antonini litem perdit. *d. §. 2. in fin. l. 1. C. de pœn. jud.* Non obstat, quod is qui dedit, *involuntarie dedit, ad redimendam injustam vexationem & quod æqualitas violetur, ubi pro eo quod ex justitia debetur, quid datur, veniatque in commercium, quod contrahentium non est, sed juris publici.* Hæc enim stringunt tantùm judicem *accipientem*, ut ille restituere cogatur. Dans verò voluntariè agit, cum judicem constringat, ut pro se pronunciet. Neque causa dantis propterea bona est, quod ille hoc existimet, sed nihilominus potest esse injusta & mala. Lugo *disp. 18. sect. 3. n. 92. inf.* Prædicta autem vera sunt etiam ubi tertius judici dedit, in hunc finem, ut alteri jus tribuatur, contra quam sentit Less. *c. 14. dubit. l. 9. n. 7.* Nisi detur solius judicis causa, ut ille pœnas malè judicantis effugiat. Quo casu tamen, licet dantis non sit turpitudo, est tamen accipientis, si novit finem dationis, Lugo *d. disp. 18. sect. 3. n. 64. 65.* Conf. Bach. *in Not. h.* ubi hanc quæstionem in medio relinquit, *& ad Tr. lib. 2. lit. F.* Cæterùm aliis casibus, ubi turpitudo solius accipientis, condictioni locus est. Quod verum, non modo de datis ub hæc, ad quæ accipiens ex justitia partic. tenebatur, ut *l. 3. 6. 7. C. h. l. 2. pr. l. 4. ff. eod. l. 1. de calumn.* verùm & ob opera vel omissiones ex aliis virtutibus debitas, per text. gener. *in l. 1. §. f. h. junct. l. 1. §. 3. de pact.* Add. de Lugo *d. d. 18. f. 3. n. 74.* Sed Q. *unde descendat hæc Condictio?* Old. *class. 6. art. 7. n. 2.* ait esse ex proprio nominato vel innominato contractu: verùm rectiùs dicitur, semper esse ex q. contractu, qui *ex acceptio rei ob turpem causam, l. 2. in f. h. l. 4. C. eod.* (1) Non ex contractu, quia datur ad dissolvendum: (2) sed ex q. contractu, quia oritur extra id quod agitur, interveniente legis fictione, quam etiam hic fovet interna ratio, ne retinens acceptum, cum damno alterius, contra moralia principia locupletior evadat; omnis namque condictio origine sua est naturalis, *sec. not. ad n. l. in f. arg. t. l. 1. de Obligation. quæ q. ex contr. or. l. 13. commod.* Si enim do ut reddas rem furto à te sublatam, obligatis ex negotio propter interveniens Synallagma ad servandum: at Condictio qua datum repetitur, tendit ad dissolvendum, & utitur ex eo quod rem ex turpi causa acquisiverit.

Condictio etiam opera vel omissiones ex aliis virtutibus debitas.

Condictio hæc est exq. contr.

N. IV. *Exceptio*) Q. *Si quis in adulterio deprehensus ex justo metu mortis dedit, an possit repetere?* Affirmat Wesenb. *h.* (1) quia qui in flagrio deprehensus metu mortis aliquid dedit, restituitur, *l. 7. §. 1. l. 8. quod met. caus.* Ex quo infertur ad condictionem, cùm restitutionis hic sit effectus, ut per metum data reddantur, *l. 9. §. 7. eod.* (2. Si condicenti opponatur exceptio rei turpiter datæ, is replicare potest de metu illato, & dationis hactenus iniquitate. Contra condictionem negat Bach. *h.* quod dannis sit turpitudo *l. 4. pr. h.* Rectius distinguitur, competere actionem quod met. causa, *si metus fuerit atrox v. c. mortis*; quod tunc, licet dantis turpitudo fuerit æquum sit repeti quod datum metu mortis, *ne interficeretur d. l. 7. §. 1. & 8.* Non autem competere, *ubi deprehensus se redemit non à morte sed ne detegeretur delictum*, ut fieri potest, si ab infirmo, puero, muliere deprehendatur, vel etiam extrà periculum vitæ constitutus, dedit *ne proderetur, l. 9. pr. quod met. caus. l. 4. pr. h. t.* Don. *14. comm. 25.* Clud. *comm. h. n. 47.*

Q. de danis appreheusis in adulterio.

In pari re) Id est, ubi utriusque turpitudo, nec dans repetit propter suam turpitudinem, nec accipiens cogitur restituere, sec. extraord. principia. Quod ipsum tamen *respectu dantis* verum est, ut ipse repetere nequeat, sive ei accipiens non cogatur reddere quod est datum: ne tamen is lucretur rem turpiter acceptam irrevocabiliter, *fiscus* eam extorquet & aufert, *arg. l. 5. de calumniat. l. 32. §. fin. de donat. int. vir. & ux. l. 9. de jur. fisci, l. 1. C. de natur. lib.* 8. Perez. *in C. h. ad f.*

Ubi dans turpiter nequit repete, tamen restituit fiscus.

Idem in omni injusta causa) Sed hoc indistinctè verum non est. Nam (1) in cond. ob causam injustam, causa *principium* denutat, aliàs causam impulsivam: *finem* verò in cond. ob turpem causam. Prioris exemplum est, ubi quis dedit vi & metu adactus, *l. 6. l. 7. h. t.* (2) distinctè his condictionibus sunt tituli, *lib. 4. C. t. 7. & 9.* (3) qui dat ob injustam causam ex metu, turpiter non dat, consentit enim, quoad actum eligendi voluntarium, *3. Eth. 1.* nec *Tô* dare alteri ob injustam causam, est in vitio est, saltim ad exemplum ejus, qui ob turpem causam accipit. Ratione *effectus* autem (*generici* tamen) conveniunt; nam ut acceptum ob causam turpem potest *repeti, l. 4. C. h.* ita & acquisitum ob causam injustam, *d. l. 7. h.* Actiones enim ipsæ *specie* adhuc diversæ sunt. Illud indubium est, ubi metu coactus, postea liberè solvit, cessare repetitionem, *l. 2. quod vi met. caus.* quæ enim tum initio aderat injusta causa, per consensum liberrimum purgata fuit, juxta intentionem agentium. Add. Clud. *d. comm. c. 2. n. 38. & seqq.*

Cond. ob causam injustam ut differat à priori.

TITULUS VI. C. 4. 5.

De Condictione indebiti.

1. Ex qua causa detur hæc condictio.

NUnc videndum de Indebito soluto. Nam qui indebitum solvit, quamvis in hoc dare videatur, ut distrahat potius negotium quam contrahat: *§. Inst. de ob. quæ ex quasi contr. l. si quis 5. §. ut quoque 3. de obl. l. indebiti. l. hac condictio 66. h. t. pen. ad Trebell.* quia tamen qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid contrahit, *l. 2. l. si in area 55. h. t.* ideò Quasi ex mutuo is qui accepit, ad reddendum aut id quod datum est, aut simile obligatur, & ita Condictione indebiti tenetur: *§ item is cui, Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* quasi ex mutuo quidem, si res fungibilis, in qua mutuum esse possit, soluta sit. *d. §. item, d. l. 5 §. ut quoque.* ex bono verò & æquo, si aliam rem non fungibilem solvi contingat. *d. l. indebiti. d. l. hac condictio 66. C. unac. obs. lib. 8. c. 34.*

2. Regula generalis de indebiti condictione

De qua quidem condictione generalis hæc ab Ulpian. *in l. 1. h. t.* traditur regula: Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest. Hæc condictio ex bono & æquo introducta est, *l. in summa. 65. § quod ob rem. h. t.*

Æquum enim est, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, ut repeti possit, *d. l. hac cond. 66.* ne quis cum alieno damno locupletetur, *l. nam hoc natur. 14. hoc tit.* Sine causa autem apud eum res est, cui indebitum per errorem solvitur.

3. Raro condictione.

Indebitum porrò est, quod omninò non debetur: *d. l. in summa §. fin.* ut quod nullo jure, vel saltem non jure naturæ aut gentium debetur: *l. indebitum 47. h. t.* vel sub conditione, aut incerta omnino die debetur, *l. sub conditione 16. h. t.* (incertam autem diem accipimus, quæ an extitura sit, dubium adhuc est; nam hæc conditioni comparatur, ut si quis ita promittat, ho die quo nuptias contrahes, dabo tibi centum, *l. unica, §. sin autem C. de cadu. tollen. l. dies incertus 75. de cond. & demonstr.*) vel quod supra debitum est solutum, *l. si is qui 45. h. t.* Sed & quod alii debetur, alii solvitur, indebitum est: vel si quid non debitum, pro eo quod debitum est, solvatur, *l. si pœna 19. §. si putem, h. tit.* Item si quod alius debebat, alius quasi ipse debeat, tu non nomine solvas, *d. l. in summa § si l. si pœna. §. 1. h. tit.* nam & tunc condictio competit, cum non liberetur verus debitor,

4. Quodnam sit indebitum.

debitur. d. §. 2. l. si quid possessor. 31. de petit. hared. l. si à patre. C. de condi. indeb.

5. *Dissoluitur & ratio L. repetitio.*

Quo tamen ultimo casu interdum condictio cessat, si videlicet res sua aut debitum alicui, quamvis à non debitore, debitoris tamen nomine (nam si suo, secus erit, *l. 2. C. de his qua in fraud. cred. l. si pœna. 19. §. 1. l. in summa. 65. in fi. h. t. l. cum quis 38. §. de pecul. de solut. l. 5. C. de cond. indeb. l. si quid possessor, 31. de pet. hared.*) solutum sit: *l. repetitio. 44. l. quod nomine. 8. l. indebitum. 47. l. frater. 38. §. ult. l. servus cujusdam. 16. in fi. h. t. l. de her. 5. C. de pet. hared. Cujac. lib. 8. c. 9. L. 1. §. ult. l. 2. de const. pec.* enim quia verus debitor ea solutione liberatur: nec enim qui accepit, amplius id quod habet, petere potest. *§. sic itaque Inst. de act. §. sed si rem. Inst. de leg.* tum quia res sua domino auferri non potest, cui si eam amissam vindicare à quocunque licet, certe & retinere quocunque modo recuperatam permissum esse dicendum est. Nam cui damus actionem, eidem exceptionem competere multò magis quis dixerit *l. 1. vers. nam cui damus, de superficiebus.* Indebitum illud quoque accipimus, quod propter aliquam perpetuam exceptionem peti non potest, nam & hoc condictionem parit *l. si non sortem, 26. §. indebitum, 3. & §. ad. 7. h. t.* quando tamen in odium ejus cui debetur, exceptio datur, ut in Macedoniano, perperam solutum non repetitur *l. qui exceptionem. 40. h. t.*

6. *Condictio tantùm est debitore naturalis.*

Plane cum hæc condictio naturalis sit, *l. indebiti. 13. h. t.* & ex æquo & bono detur, si quid naturali æquitate debitum solvatur, repeti non potest, quamvis Jure civili non debeatur. Unde si operas Officiales libertus patrono solvat, quas non debet nisi promisisset, *l. operis. de operis libert.* condicere non potest, *l. si non sortem. 26. §. libert. h. t.* quia non modo natura quæ obligatur ad ἀντίδωρα *l. sed etsi leg. 25. §. consuluit. 8. de pet. hared.* sed etiam Jure gentium, quo manumissionis beneficium inductum est, *l. 4. de just. & jur.* cujusque obligatio repetitionem inhibet, *l. cum amplius, 48. §. 1. de reg. jur.* patrono omne obsequium & officium debet. Idem juris erit, si debitum cum servo contractum, manumissione subsecuta, *l. naturaliter, l. 13. l. si id quod, 64. h. t.* aut debitum inter patrem & filiumfam. vel duos fratres in ejusdem potestate constitutos, dissoluta potestate solvatur. Cessat enim repetitio: nisi quatenus naturalis obligatio, vel per aditionem hæreditatis paternæ, vel per peculii perceptionem fuerit extincta: *l. frater à fratre, 38. h. t.* item si quis pœnæ ejus cui debetur causa, liberatus solvat, *l. si pœna, 19. in prin. h. t.* aut usuras sorti naturaliter ex pacto debitas. *d. l. si non sortem, 26. in prin.* aut si quis male absolutus sua sponte solverit, repetere non potest: *l. judex. 28. h. t.* quia verum est, hunc natura debitorem manere *l. Julian. 60. h. t.*

7. *Alii casus in quibus cessat condictio.*

Sed & quod pro dote datur, ad quam qui dat obligatum se credit, non repetitur, propter pietatis causam, quæ dotibus mulierum favet *l. cum is, 32. §. pen. h. t.* Atque etiam quæ per inficiationem in lite crescunt, si per errorem indebite solvantur, repeti non possunt: *l. ea qua. C. eo.* quia causa transactionis solvi videntur. Quod autem ob transactionem datur, repeti non potest: *l. in summa. in prin. h. t. l. 2. C. eo.* ut nec illud quod ex causa judicati præstatur propter rerum judicatarum authoritatem *l. 1. C. eo.* Sed & quod in diem debetur, cum vere debeatur, quamvis nondum venerit dies, *l. cedere diem, 213. de verb. sign.* ante diem solutum repeti non potest, *l. in diem. 10. h. t.* etiamsi incerta sit dies, *l. nam etsi, 17. h. t.* non quidem an, sed quando sit exitura: ut si cum moriar, dare promisero: certum enim est me aliquando moriturum, etsi quando, sit incertum, *l. 1. de condit. & demonstr.*

8. *Quando persona locum faciat condictioni.*

Interdum & persona locum facit repetitioni, quamvis debitum solvatur: ut puta si pupillus vel furiosus, vel is cui bonis interdictum est, solverit, nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant nummi, vendicabuntur, pro consumptis vero condictio locum habebit: *l. interdum, 29. h. t.* si videlicet utilius sit pupillo, aut aliis ejuscemodi personis condici pecuniam, quam solutionem ratificari: ut cum solutum est naturale debitum. Quod si nulla sit captio pupilli, ut quia omni jure debitum fuit quod solutum est, cum frustra fiet exactorus: quod statim restituere debeat, ratificata solutione pupillus liberabitur. *l. quod si forte, 14. §. fin. de solut. l. non omnis, 19. §. si pupillus, & si cert. petat.*

9. *Condictio non datur scienti, quamvis erranti & dubitanti datur.*

Additum est in regula, si quis ignorans solvit. Nam si sciens se non debere solverit, cessat repetitio, *d. l. 1. in fin. h. t. l. indebitum. C. eod.* etiamsi eo animo dedit ut repetat, *l. quod quis, 50. h. t.* quia donare videtur, *l. cujus per errorem. 53. de regul. jur.* Quod si errore solvit, quia error nullum habet consensum, *l. si per errorem. de jurisd. omnium jud.* perinde est ac si ignorans solvisset, *l. eleganter, 23. in prin. l. sed etsi me putem 22. h. t.* etiamsi in jure erretur, *l. qui exceptionem 40. l. si fidejussor 59. h. t.* Error enim juris in damno vitando nocere non solet, *l. juris error. l. regula de jur. & fac. igno.* Quod tamen distinctionem recipit; nec enim per errorem Juris latum repeti solet, si justa aliqua subsit causa, quamobrem repetitio inhibeatur. *l. error. C. ad l. Falcid. l. cum indebitum, ubi Dd. C. de jur. & fac. ignor.* Pari ratione cum is qui dubitat, pro ignorante habeatur. *l. fin. §. si autem dubius. C. de fur. l. 2. ff. quis ordo in bon. poss.* si quis incertus an debeat, solverit, repetitionem habebit, *l. fin. C. de condict. indeb.* Postremo dicitur in regula, per hanc actionem condicere poterit, at cui datur condictio potius quam rei vendicatio?

10. *Quid sit condictio quare, contra quem ad quid condictio hoc casu detur, non rei vendicatio.*

Quia quod tollendæ obligationis gratia solvitur, eo datur & accipitur animo, ut dominium transferatur: nec enim vera solutio fit, nisi translato dominio: *l. qui sibi 33. de sol. l. 2. §. si quis servum de stat. lib.* Unde cum concurrente utriusque affectu translatum sit dominium *l. in omnibus. de actio.* non potest vendicari quod est alienatum: sed condici tantum actione personali, *§. appellamus. Instit. de actio.* qua petitur dari tanquam debitum, quod indebite est solutum, *l. dominus, 53. h. t.* Est igitur condictio indebiti nihil aliud quam actio personalis, civilis, stricti juris: qua actor intendit, sibi ex æquitate reddi à reo oportere, quod indebite est solutum, *d. l. dominus, 53. §. appellamus. Inst. de actio.* Illud porro notandum est, his solis pecuniam condici, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit, *l. his solis, 49. h. t. l. non adversus. C. si cer. pet. l. penult. C. de actio.* Nam cum illis solis quibus solutum est, quasi contractum intelligitur: eoque tantum contra eos, velut ex mutuo vel alio contractu personalis hæc datur actio: *§. item is cui Instit. de oblig. qua ex quasi contr. §. 1. Inst. de actio.* Et quidem condici omni competenti loco, quamvis qui solvit certo loco se debere existimarit, *l. qui loco. 17. h. t.* Ac quia condictio naturalis est, ideo etiam quod rei solutæ accessit, alluvione aut alio modo, vel ex ea provenit, ut fructus, partus, &c. venit in condictionem *l. indebiti. 15. h. t.* deducta tamen impensa: *l. in summa 65. §. ei qui h. t.* postremo, quoniam condictio rei persecutoria est, transit eam in hæredem, *l. si fundi 12. h. t.*

OBSERVATA.

Examinatur & est.

Nam qui in debitum solvit) Explicaturus Autor causam hujus condictionis, multa à veris principiis aliena proponit, 1. *Indebiti datione simul dissolvi negotium & simul contrahi, 2. accipientem q. ex mutuo teneri ad reddendum, & tamen 3. cond. indebiti esse ex q. mutuo, si res fungibilis soluta sit, si verò alia, ex bono & æquo: denique 4. condictionem ejusmodi esse generalem*: Verùm 1. in Indebito duo concurrunt negotia, quæ non confundenda, sed probè distinguenda, *l. 13. in f. commod.* Unum verè & *expressè agitur*, sc. quod dans indebitum velit obligationem distrahere, dum dat solvendi causâ, *§. 6. vers. nam qui solvendi. I. de oblig. q. ex contr.* alterum, quod præter id quod expressum, *agi intelligitur*, est, quod accipiens eo ipso dum accipit, se obstringit ad reddendum, si appareat posteà solutum esse indebitum. Et hoc posterius negotium, *acceptio sc. rei revera indebitæ est* q. contractus, causam s. Synallagma habens, cum ficta à lege civili conventione, qualis fictio est in omnibus q. contractibus: hujusque ratio est ipsa æquitas naturalis, relata in *l. 55. l. 66. h. t.* scil. *quod nemo, illud quod sine causa habet, retinere debeat, s. locupletior fieri cum alterius detrimento*, contra Ethica principia, in quibus tota hæc materia præcipuè fundata est. Et ex posteriori illo negotio, non ex priori descendit hæc condictio. 2. Accipiens Indebitum q. ex mutuo tenetur *quo ad effectum obligationis & actionis generalem*, non verò specificum, sec. *not. ad nu. 1. supr. de Condict. caus. dat.* 3. Condictio, ut & quælibet alia actio, non ex varietate objecti æstimanda est, sed ex causâ suâ verâ & adæquatâ, quæ hîc est *subintellecta conventio de indebito soluto reddendo*. Multò autem minùs hîc cum iis faciendum, qui causam hujus actionis dicunt esse verum contractum: in hoc enim semper est verus consensus animo contrahendi obligationem interpositus, *d. §. 6. vers. nam qui. I. de oblig. qua ex q. contr. ar.* Neque officit *l. 2. h. t.* quia licet quis expressè conveniat, de reddendo eo quod solutum, si id postmodum indebitum appareat, tamen

In indeb. concurrunt 2. negotia.

Et ex acceptione rei indebitæ est hac q. contr.

Ex mutuo quod effectum.

Est in genere ex bono & æquo.

men id quoad effectum obligationis & actionis per accidens est; cum ex se & naturâ ejus negotii id semper actum censeatur, licet sic conventum non fuisset. Add. Bachov. *ad Tr. disp. 22. th. 4. B.* Denique 4. condictionem hanc non esse generalem apparet, quod de ea non simpliciter prædicetur vox condictionis, sed cum adjecto *indebiti*: est enim ex negotio, quod in contr. nominatum vel innominatum non incidit, quale parere condictionem in specie ita dictam, diceante vertimus ad *tit. de condict. caus. dat. nu. 1. Conf. Bachov. h.*

Est specialis, non generalis.

N. II. *Traditur regula)* illa ex Ulp. in *l. §. 1. h. t.* habet: *Quicunque indebitum ignorans solvit, id per hanc actionem condicere potest.* Indeque ut ei locus sit, tria requiruntur. 1. ut quid solutum sit, 2. per errorem, 3. sit indebitum. Hinc si in area alienâ ædificatum, non competit condictio hæc, *l. 33. h. t.* Idem est, si quis indebitum saltem promiserit, aut chirographo caverit; datur enim condictio sine causâ, *l. 31. h. l. 4. C. eod. junct. l. 2. l. fin. de Cond. ex leg.*

Tria ad hanc act. requiruntur.

N. IV. *Indebitum porrò est)* Describi potest indebitum *ratione personarum, inprimis ex l. 65. §. fin. h. t.* quod vel *omninò non debetur, vel debetur alii, si alii solvatur, aut si id quod alius debet, alius qui ipse debeat, solvat.* Et huc omnes casus, quos habet Autor *in h. nu. 4.* possunt referri. Dilucidius, maximè *ratione causæ effic. remota*, ad 4. capita revocatur omne indebitum. Primum est indebitum *& naturaliter & civiliter*. Secundum indebitum *naturaliter, sed civiliter debitum.* Tertium indebitum *civiliter, sed debitum naturaliter.* Quartum indebitum *ope exceptionis, sed debitum civiliter & naturaliter.* Ex primo quin competat condictio indubium est, cum nullo jure debeatur, *l. 1. C. h. t.* vide Dn. Franzk. *com. h. nu. 25. & seqq.* Secundum vel est *cum effectu exactionis*, ut quod nascitur ex re judicatâ, ex chirographo, *l. 1. C. de cond. indeb. l. 36. fam. ercisc.* & condictio cessat. Vel est *absque effectu exactionis*, ut est debitum post pactum liberatorium, it. jusjurandum: posthæc enim manet civile debitum, non dissolutum omnino: sed tollitur modò vinculum æquitatis, nam quo ad nexum civilem opus est exceptione, §. 3. *& 4. de except. arg. l. 95. §. 4. de oblig. l. 27. de pact. l. 25. l. ult. de jurejur.* Quod si verò quis post pactum de non petendo vel juramentum, nihilominus ex errore solvat, si quidem *errore juris*, repetitio nulla est, secus si solutum *ignorantia facti. l. 6. C. h. l. 10. C. de jur. & fact ign. l. 9. C. ad l. Falcid.* Idem *in dubitante obtinet*, qui errant similis, sec. princ. hujus act. *arg. l. 1. de leg. 3. l. ult. C. h.* Clud. *comm. h. c. 1. nu. 13. & seqq. c. 4. nu. 101. c. 5. nu. 23. & seqq.* Petr. Franc. Linglois *ad 50. decis. in d. l. f. h. t.* Circà tertium dist. est inter debitum & *obligationem naturalem simplicem seu minùs plenam, & pleniorem.* Illa est, quandò jus civile debito naturali penitùs non assistit, ut in debito mulieris intercedentis, it. pupilli qui promisit ei qui stipulatus est solvitque non factus locupletior: nam etsi naturale hîc subsit debitum, tamen est indebitum civiliter, hactenus ut jus civile illi planè non assistat: Unde etiam condictioni locus est, si tale promissum per errorem sit solutum *l. 40. h. l. 16. ad SCtum Vell. l. 41. h. l. 13. §. ult. eod. junct. l. 1. de novation.* Plenior obligatio naturalis est, quæ jur. civ. regulariter operatur exceptionem, retentionem, compensationem, imò quandoque exactionem, *l. 4. in fin. h. l. 10. de O. & A. l. 16. §. 4. de fidejussor. l. 6. de compens.* Et his casibus repetitio cessat. Denique indebitum ope exceptionis, sed debitum civil. & naturat. triplex est, (1) ratione *exceptionis dilatoriæ s. temporalis*, ut si solutum est, quod in diem certum debetur aut ex conditione certò exiturâ, sed exigi antequam dies venit, non potuit, *l. 21. 3. de V. S. l. 10. l. 17. h. t.* (2) *Exceptionis rigoris juris mitigandi causa introductæ*, ut si plures sint fidejussores, qui omnes solvendo, & unus in solidum conveniatur, is tutus est ex Epist. D. Hadriani & solvendo suam partem liberatur: hoc enim rigoris juris mitigandi causa, ex principiis temperatæ justitiæ ita constitutum: Quod si autem hoc casu solidum solutum sit, tùm, ut & in priori casu, solutione factâ condictio cessat, *dd. ll. & l. 49. §. 1. de fidejus.* (3) est *exceptionis dubiæ*, ut si quod promissum est sub conditione dubiâ, ante ejus existentiam solvatur; tùm enim quia dubium est an futurum sit debitum nec nè, Condictio competit, *l. 16. h. t.* quod admittere in dubio benignius est, *l. 56. de R. I.* Cæterùm juxta Ulpianum in *l. si non sortem 26. supra l. de condict. indeb.* usuræ ultra duplum nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt, & solutæ repetuntur, h. e. promissæ ultra alterum tantum solvi prohibentur, & solutæ tanquam indebitæ condicuntur. Cum itaque hîc detur indebitum, quod quadruplex esse diximus, quæritur quale sit? Bart. Bald. & Jas. *ad d. leg.* censent hîc nullam planè subesse obligationem, subjectâ ratione, quod quoties actus aliquis fit lege resistente, neque civilis, neque naturalis obligatio nascatur. Confirmat *l. 7. §. 16. de pact.* ubi idem Ulp. dicit, pactum à jure communi remotum non servandum, neque jusjurandum neque stipulationem adjectam illud sustinere, *l. 5. C. de legib.* Secundum hæc itaque exemplum hîc erit indebiti & civiliter & naturaliter: Quomodo nec solvi usuras ultra alterum tantum debere & solutas in sortem computari, aut condici posse, subinde olim pronunciabant ICti Saxoniæ Electoralis, teste Dn. Carpz. *pr. crim. p. 2. q. 92. n. 48. & jurispr. for. ad p. 2. const. El. 35. def. 26. n. 7.* Dn. Richter *decis. 74. n. 67. p. m. 126. & 127.* donec à moderno Serenissimo Electore contrarium constitutum fuit singulari decisione, anno 1661. In Electoratu Brandenburgico usu receptum memini, nec minus subinde judicatum, (quod postea tamen mutatum scio) residuas usuras ultra alterum tantum solvi posse, & solutas non esse condicendas. Anne ergo ibi hoc debitum erit & naturaliter & civiliter, cujusque nulla repetitio, cum tamen jure Romano naturaliter & civiliter sit indebitum? Aliter in his inclytis Ducatib. Brunsv. & Luneb. longæva observantiâ inductum est, solutas ultra duplum usuras condici non posse, sed in eo sisti tantùm residuas seu solvendas. Idemque habet placitum Ordinum Frisiæ, testante Joanne à Sande *decis. Frisic. lib. 3. def. 5.* Aliter adhuc multis stat sententia, solutas usuras ultra alterum tantum condici quidem non posse; quoad residuas vero s. solvendas observatur distinctio, an creditor fuerit in mora exigendi, an debitor in mora solvendi, ut illo casu ultra duplum exigi nequeant, hoc casu possint. Et hoc est quod novissimè statutum in Electoratu Saxoniæ singulari decisione. Dixerim hæc omnia sic rectè conciliari. Primò usuræ moderatæ sunt *præter*, non *contra* jus naturale, ideoque aliquid positivum, & justè exiguntur nec solutæ repeti possunt, quamdiu aliter constitutum non est. Secundò, an ultra duplum solvendæ sint, vel non itidem juris positivi est, & indifferens. Ideoque faciunt ἄδικον non φύσει, sed τάξει, ubi prohibentur, ut jure Ægyptiorum, Romano, moribusque & observantiis locorum aliis, supra indicatis. Tertiò jus Romanum pro indebito civili & naturali habet usuras ultra duplum, non quasi juri naturali contrarientur, sed quod jus civile obligationi tali usurariæ planè non assistat, perinde ut in intercessione mulieris, *l. 16. ad Senat. Vell. l. 40. de cond. indeb.* nudisque pactis, *l. 7. §. 4. de pact.* Et aliud est indebitum

Indebitum variè dicitur.

Quadruplex est.

Ind. nat. & civiliter

Ind. civ. sed nat. deb.

Indeb. civ. sed deb. natur.

Indeb. ope except. sed debitum civil. & natural.

An solutæ ultra alter. tantum usuræ condici possint, ex posit. 26. §. 1. h.

Nec nat. civ. debentur jure Sax.

Secus in Elector. Brand.

Et in Decat. Br. & Luneb.

Quomodo hæc rectè concilientur.

jure

jure naturali ex se & ratione objecti, aliud ex positione & lege, Reip. Quartò eadem lex Romana, cum hîc sit de re indifferenti, tolli potest jure alio positivo, civili vel consuetudinario, §. *pen. de j.n.g. & civ. c. fin. de consuet.* quæ & priori prævalent. Denique jura Romanorum in *d.l.26.§.1. de cond. ind. l.27. §.1. C. de usur. Nov. 121. 138.* & similia Germanis ubique recepta fuisse probari non potest; ideoque pro nullis sunt ubi de eorum acceptatione & observantia manifestò non apparet, *arg. 2. Polit. 6. junct. l.32. §.1. de legib.* Sed de nobili hoc argumento nunc ista ἐν παρόδῳ.

Q. N. V. *Quo tamen ultimo casu)* Q. Si quis solverit quod alius debebat, an locus sit condictioni? Aff. in *l.19. §.1. h.* Neg. in *l. 44. & l.8. h. t.* Sed quos textus ita rectè conciliat, Wesenb. ut competat condictio si quis solverit suo nomine: secus si nomine debitoris, 1. quod vetus debitor ita liberetur, *l.39. de neg. gest. junct. arg. l.47. de O. & A.* 2. quod res *nomine debitoris* soluta creditori, utpote dominio translato, ipsi auferri nequeat, proque illa is non modò retentionem habeat, sed & vindicationem. Conf. Bachov. *ad Tr. d.22. th.7.* B. Perez. *ad C. h. t. nu.10.*

Ratio differentiæ condictionis quoad fenat.

Quod propter aliquam perpetuam exceptionem) Intelligitur hic illud quod suprà debitum naturaliter sed civiliter indebitum vocavimus. *Verum tamen illud est in muliere contra SCtum Vell. pro alio intercedente & solvente, non autem in filiofam. contra SCtum Maced. pecuniam mutuò accipiente, & posteà Paterfam. factus esset, solvente l.40. h. t.* Wesenb. & Dd. comm. differentiæ rationem hanc faciunt, quod SCtum Maced. sit introductum in odium fœneratorum, *d.l.40. ibi: ubi vero in odium ejus cui debetur, exceptio datur. h. t.* Vellejanum vero in favorem mulieris quæ debet; ut sic justitia denegatæ vel concessæ hic condictionis, ab odio & favore dependeat, quæ justum aut injustum faciunt medio modo, & κατὰ τι. Verùm licet Martianus *in d. l.40.* videatur uti illa distinctione, tamen illa & non accurata est, si examinetur, Bachov. *in not. h. ad nu.4. vers. caput illud in med.* & satis remota. Proxima igitur & adæquata hujus differentiæ causa sumenda est ex effectu quem habet obligatio naturalis in jure civ. *Nam obligatio, quâ mulier intercedens astringitur, non modò jur. civili nulla est, sed & quoad jus naturale ap. Romanos nullum effectum habet; quia SCtum eam obligationem totam improbat, h. e. & quoad ad civ. & quoad ad natural. obligationem*, atque hactenus mulier perpetuam habet exceptionem, *l.16. §.1. in f. ad SCt. Vell. l.9. C. eod. At idem jus civile obligationi quâ filiusfam. contrà SCtum Maced. pecuniam accipiens astringitur, non omnem assistentiam denegat, sed et hunc effectum relinquit ut solutum non possit repeti, l.7. §. f. l.9. ad Senat. Mac. junct. d. l.40. in f. h. t.*

Vellejanus & Maced. Vulgaris.

Proxima & adæquata.

Debitum nat. sed indeb. civiliter an & quat. possit repeti.

N. VI. *Repeti non potest)* Vulgatum quidem est, quod *naturaliter debitum per errorem solutum repeti non possit*, verùm non satis à plerisque explicatum: & pertinet ad supplementum *debiti naturaliter sed indebiti civiliter*. Distinguendum, ut supra diximus *nu. 4.* inter *debitum naturale, cui lex civilis omninò non assistit*, & cui *aliquem effectum relinquit* juxta principia politica, & facultatem ejus penes quem τὸ κῦρος in Rep. existit. Illius soluti omnino repetitio est. Et hinc non modò mulier intercedens, si solvat per facti errorem, repetit, & pupillus sine tutoris autoritate promittens & solvens, non factus locupletior, *l.13. §.1. junct. l.41. eod.* Sed & idem est in legato quod minui poterat per L. Falcidiam, *l.9. C. ad L. Falcid.* in legato ex minus solenni testamento, *l.7. C. h. t. junct. arg. l.2. de fideicomm. l.6. h. t.* Si is qui præscriptione liberatus erat solverit, *arg. l.37. de fidejusser.* Ad posterius distinctionis membrum pertinet, quod libertus, cum putaret se operas patrono debere, solutas non repetat, & ejusdem conditionis est *l.26. §.12. h.* debitum cum servo contractum, *l.13. l.64. eod.* item inter patrem & filiumfam. vel duos fratres in ejusdem potestate, *l. frater à fratre. h. t.* Eadem ratio est & aliorum, quæ Autor *h. n.* exempli loco retulit. Add. not. supr. *ad num.4.* Bach. *ad Tr. d. loc. & th.9. B.*

Dotem solvens ex errore non repetit.

N. VII. *l. cum is. 32. l. pen. h. t.)* Si quis credat se pro dote obligatum & solvat, non repetit, *d. l.* ratio est, quod pietatis causa solutionem inhibeat. Et cum hæc ratio satis sit favorabilis & generalis, *argumento hujus l.* concluditur; quodcunque pauperibus, Ecclesiæ, studiosis, & generaliter ad pias causas ex errore solutum, repeti non posse.

Ex ignor. juris soluti non datur condictio.

N. IX. *Quod tamen distinctionem)* Q. *an qui solvit indebitum ex ignorantia juris, solutum repetat?* Negatur, per *l.9. C. ad L. Falcid. l.6. 7. 10. C. de jur. & facti ignorantia.* & quod lata culpa sit ignorare ea quæ legibus continentur, (atque vel ipsemet quis scire possit, vel consulendo peritiores) quæ pœnam meretur, non emolumentum, *Aristot. 3. Eth. 7. l.10. de bon. poss. l.2. §. f. quis ord. in bon. poss. serv.* Quomodo pronunciarunt ex facto consulti Dn. Antecessores Facultatis, versus Huxariam Winichio Steinwehrt anno 1632. m. Nov. verbis: Wofern die angedeute Unwissenheit nicht in jure oder uffm rechten / welche Unwissenheit niemand zu statten kommen kan / sondern in facto und etwa uf einen dabey unterlauffenden Irrthumb beruhet / daß alßdann die angezogene Person nicht allein das jenige / was sie auß so einem Irrthumb verheissen und zugesagt / zu entrichten nicht verbunden / sondern auch was sie also auß Unwissenheit gezahlet / condictio indebiti hinwieder zufordern wol befugt. Add. Dn. Carpzov. ad *p.2. constit. Elect. 28. d.20. in f.*

Regulariter.

Dixerunt tamen hoc verum esse regulariter seu jure ordinario, quæ sententia est veterum plerorumque, & aliquando solventi errore juris, competere hanc condictionem, ratione circumstantiarum. 1. quia condictio hæc ex bono & æquo est, cui ideoque facilè sit locus, *l.66.* 2. juris error haud nocet in damno vitando, *l.7. l.8. de jur. & fact. ign. l.1. ut in poss. legat.* 3. qui sciens solvit nequit repetere, ergo qui nesciens, aliquando potest, *arg. l.26. §.3. h.* Accedit 4. quod condictio soluti errore juris cesset tunc demum, ubi vel subest *aliqua debendi causa*, ut obligatio naturalis, qua hæres ad integra fideicommissa adstringitur, *arg. l.2. C. de fideicomm.* vel *error est juris naturalis*, aut agitur *de solo compendio* s. lucro captando, *l.4. de jur. & fact. ignor.* vel ubi is solvit cui ignorantia juris nocere potest, *arg. l.9. d. t. l.2. §. ult. de jur. fisc.* Ubi autem ejusmodi deficiunt, ratio æquitatis & circumstantiæ suggerunt condictionem competere. 5. Probatur hoc *l.7. de cond. caus. dat. l.52. §.1. l.59. h. l.5. C. eod. l.1. pr. ut in poss. leg. l.67. mand.* Exempla alia habet responsis Scabinorum Lipsensium confirmata Dn. Carpzov. *ad p.3. c.15. d.42.* Neque dissimile est, quod Dn. Antecessores responderunt versus Ricklingam Bardoldo W. anno 1636. d. 21. Januar. Haben nunmehr ewre Sehl. Brüdere Jobst und Basilius W. in anno 1630. da sie noch junge angehende / und dem Krieg zugethane Leute gewesen / auß Irrthumb und Unwissenheit der Rechten / auch ohne Beystand rechts verständiger Leute / in einem Vertrag etlicher fidejussoren / als Otten von R. Dieterichen von L. Wilhelms und Cord von A. so zu der Zeit notoriè nicht solvendo gewesen / alle onera uff sich genommen / und dieselbe gäntzlich abzutragen sich versprochen / da sie jedoch dazu in solidum nicht verbunden / sondern W. von R. und S. von A. als

confidejussorn der rückfelligen Bürgen / mit denen von W. zu gesambter Hand hetten tragen sollen. Es hette auch deßwegen und das wiederrechtlich die von W. uff der von A. und R. zugelegte Rechnung / der nicht solvendo gewesener Mitbürgen viriles portiones über sich nehmen müssen / der eine Zu rstl. Commissarius Herr D. Georg. T. die Vergleichung nicht unterschreiben und versiegeln wollen; So seid ihr als ewrer Brüder Erbinn / der rückfelligen Bürgen quoten gäntzlich abzutragen nicht verbunden / sondern exceptione indebiti vel plus petitionis euch wieder die von A. und R. wann sie euch wegen deß contracts vornehmen würden / zu schützen / oder imploratione officii judicis pro errore corrigendo wieder sie zuverfahren / wol befugt / V. R. W. Non officit huic ultimæ limitationi nostræ, quod error juris rem suam petentibus quidem haud noceat, *d.l.4.* hîc verò qui condicit non petat rem suam sed alienam, cujus dominium transtulerit, *l.13.h.t.* unde videtur non agere de vitando damno sed captando lucro, & acquirendo quod alterius est. Respondet Dn. Frantzk. *comm.h.num.* 30. 1. vel *quod dominium sic transferatur*, summo jure verum esse, non verò ex ratione æquitatis, quæ justam quoque causam requirat in accipiente, quæ hic nulla sit. 2. vel, quod dicitur *ignorantiam juris in damnis amittendæ rei non nocere*, intelligendum esse non de tempore post factam solutionem & dominii translationem, sed potius ubi solutio fit & dominium transfertur; tunc enim dici non potest dominium aliùnde amitti quàm ex solo errore juris. Addimus 3. naturale huic condictioni esse, quod in ea petatur res aliena, non substantiale; nam & aliquando nummos alienos condici posse textus est expressus *in l.15. §.1.h.t.* æquitatis causa. Quod si porro objiciatur, jus ignorantem pro sciente reputari, *l.9.C.ad L.Falcid.* ideoque ipsi nunquam concedendam esse repetitionem, erit regerendum, 1. alium esse scientem, qui vult directè, alium ignorantem cujus culpa lata, quique voluisse dicitur non nisi indirectè & ex ignorantia vincibili. 2. hunc pro sciente haberi non simpliciter, sed exceptis casibus quibus ratione circumstantiarum ignorantiam juris non officere, supra diximus, textibus manifestis. Adde Bachov. *d.4.de act.th.17.* Oldend. *6.pr.num.2.* Paul. Christinæ 3. *decis. Belgic.* 8. *num.* 3. Diss. Cludius *comm. ad h. t. c.* 1. *num.* 15. *& seqq. ad cujus* argumenta respondet Dn. Frantzk. *comm. h.num.*28. *& seqq. mult.*

Q. cur hic detur condictio, non vindicatio.

N. X. *At cur datur*) Putat Bachov. *in not.* veram causam esse, *quod sicut titulus, licet erroneus & putativus, secum traditione sufficit, ut possit res usucapi; ita quoque sufficiat hic ad transferendum ex causa putativa dominium.* Sed magis facit ratio Autoris; (1) quia ex tacita conventione sive ficto consensu, juris præsumptione hoc agitur ut res reddatur, ubi deinceps constiterit solutum esse indebitum, *arg. l.13.commod.l.3. & 3. quib.ex caus.in poss. eat.* adeoque etiam licet translato dominio, condictio competat, cum nec locus est, nisi ubi quid datum, h. e. dominium translatum: (2) quod ipsum indebitum, (quà debitum putatur,) principaliter & intentione prima, solvatur tollendæ obligationis causa, adeoque ut rei solutæ dominium transferatur. Cum ideoque in omni rei vindicatione oporteat qui agit, dominum esse, *l. 23. d. R. V.* manifestò patet ei, qui, conventione prævia & secuta traditione volens dominium transtulit, vindicationem non competere.

TITULUS VII. C.4.9.

De Condictione sine causa.

1. *Latissimè patere hanc condictionem: & quibus casibus detur, per tot.*

Est, & hæc species condictionis, si quis sine causa promiserit: quæ quidem condictio latissimè patet. Nam sive quis sine causa promiserit, sive solverit indebitum, rectè condictioni sine causa locum esse dicemus.

2. *Quomodo concurrat cum condictione indebiti.*

Hoc tamen interest, quod ubi indebitum solutum repetitur, condici soleat quantitas, non hac generali condictione: (cui tamen locus esse potest, quia sine causa solutum est) sed magis speciali indebiti condictione; Quando in toto jure generi per speciem derogetur, *l.in toto, de reg. jur. cum simil.* Qui autem sine causa promisit certam quantitatem, quam nondum solvit, condicere non potest quasi indebitam: sed hac incerti condictione sine causa ipsam obligationem condicit, ut ab illa per acceptilationem liberetur, *l.1.in prin. l.3. h t. l. in qui sup.in.1.* Sed etsi ob causam promisit quis, causa tamen secuta non sit, hac condictione rectè utetur. Sive enim ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quæ finita est, ita ut sequi amplius non possit, vel secuta non est: dicendum erit, condictioni locum fore, *d.l.1.h.t.* Nihil enim refert, inquit JC. utrum ab initio sine causa quid detur: an causa propter quam datum est, secuta non sit, *l nihil refert 4.h.t.*

3. *Quomodo cum condictione causa dat, &c.*

Ubi tamen ob causam quid datum est, solet agi condictione causa dati causa non secuta, de qua antea diximus: cum vero promissum tantum ob causam, hac generali condictione sine causa rectè utimur. Deinde constat, id quoque hac actione condici, quod ex causa ad aliquem pervenit, sed quæ pro nulla habetur, *l.fin.h.t.* vel redit ad non justam causam, *ut in l.2.h.t.l.2.C.de cond.ex leg.* aut ob impedimentum juris sequi non potest: ut cum dotis nomine datur, neque nuptiæ ob prohibitionem juris sequi possunt, *l.fin.h.t.l.si extraneus,6.sup.de cond. caus.dat.* Cæterum quod ob turpem aut impossibilem causam datur, non repetitur: quia talis causa pro non adjecta habetur, & in donationem res incidit. *l cum donationis* 24 *ubi Bart. & Ias.C de transact.* nisi conditionaliter sit datum, *l dictam 8.ubi Bart.C de cond ob caus.* quo casu impossibilis conditio actum suspendit, & quia sequi non potest, eundem annihilat, *l.impossibilis,de verb oblig.in princ Instit. de inutil.stip. vide Dd. in d l.cum donationis,& d.l.dictam*

4. *Generalem esse hanc condictionem & plerumque in subsidium dari.*

Ex quibus omnibus apparet, hanc condictionis speciem esse Generalem, quæ cæteras complectatur: & dari solere, ubi nulla ex specialibus competit, vel quænam danda sit, dubitari probabiliter potest, *ut in l.1. & 1 t.inf.de æstima. act & de præscrip.verb.* videlicet cum aliquid tantum promissum est sine causa, aut ob causam quæ secuta non est: vel cum quid datum est ob causam veram & justam, quæ tamen ad causam nullam reducitur *leg.2.l.ult hoc tit.*

OBSERVATA.

Condictio hæc concurrit cum aliis.

N. I. *Latissimè patet*) Adeoque cum cæteris concurrit, & *in subsidium* competit, cum quænam ex prædictis condictionibus danda sit dubitatur, sec. principia justi extraordinaria.

Quid sit. Est ex q. contr.

Est autem nihil aliud quam actio personalis, *qua id quod sine causa datum est, vel alias apud aliquem sine causa esse incipit, repetitur.* Personalis dicitur ex qu. contractu, quia præter id quod verè & expressè actum, ex ficta à jure conventione descendit *arg.l.13.commod.* cujus ratio est naturalis & interna, quod contra æquum & bonum sit; rem alterius apud alterum sine causa existere; vel ad eum pervenire, *l.1.§.1.§.2.& 4.h.t.l.junct.l.66. de cond.indeb.l.32.de reb.cred.*

N. II. *Condici solent quantitates*) Verum nulla hæc

hæc differentia est, cum non modò quantitas, sed & species indebitè soluta ita condicatur, *l. 66. de cond. indeb. l. 15. §. 1. & seq. eod.* Conf. quoad cætera Bachov. *in not.* Inprimis illud hic notandum, etsi hæc condictio generalis sit, (sc. ratione objecti valde variantis: juxta not. *supr. t. de cond. caus. dat.*) quod tamen in nonnullis sola obtineat, sc. (1) si repetatur chirographum pecunia non numeratâ, *l. f. C. de cond. ex leg.* (2) aliud instrumentum facta debiti solutione, *l. 3. eod.* (3) ad fructus à m. f. possessore consumtos repetendos, *l. 4. C. d. t.* vel etiam à b. f. possessore fructus perceptos extantes, qui re evictâ sine causa apud eum esse incipiunt, *d. l. 3.* (4) ob nummos à servo surreptos & à domino ignorante consumtos, *l. 30. de act. emt.* (5) ob possessionem ex qua quis vi est dejectus, *l. 25. §. 1. de furt.*

Generalis & specialis

Condictionis hujus generalis exemplum est quo de consulti Dn. Antecessores Fac. responderunt Johanni Sprecht/ Quedlinburg. anno 1633. d. 26. Nov. verb. Daß ihr das von gemeltem euren Stiffvater erkauffte Hauß / welches von den München Franciscaner Ordens euch entzogen und ihr reumen müssen/ wegen angedeuter / und annoch besorgender Gefahr / nunmehr wann solche Münche schon wieder gewichen / an euch zunehmen und zu bewohnen/ nicht schuldig/ sondern mehrgedachter ewer Stiffvater verbunden / euch die außgezahlte Kauffgelder zu erstatten/ und seyd ihr uff dessen verweigern/ dieselbe von ihm condictione sine causa hinwieder zu forderen befugt.

Exemplum generalis.

DIGESTORUM LIB. XIII.

TITULUS I. C. 4. 8.

De Condictione furtiva.

1. Ratio hujus condictionis.

ANnumeratur meritò reliquis condictionibus, de quib. hactenus actum est, condictio furtiva, quæ ad rem furto sublatam repetendam datur. Odio enim furum, qui pluribus teneretentur actionibus, non modo furti actione pœnali, sed etiam ad exhibendum & rei vendicatione, & condictione furtiva, cum his agi potest, *l. si pro fure. 7. §. 1. h. t. §. sic itaque vers. plane. inst. de act.*

2. Quomodo concurrat cum actionibus rei persecutoriis.

Harum tamen persecutoriarum rei actionum, altera alteram tollit: *l. ancilla. … de furt. l. fin. C. de noxal. actio.* quia bona fides non patitur bis idem exigi.

3. Quomodo cum pœnalibus.

Pœnalis autem furti condictionem non impedit, & contra: quia ad diversa hæ actiones tendunt. *d. l. 7. in prin. h. t.* Sed cum rei furtivæ dominium non amittatur, quamobrem ad eam persequendam datur domino condictio, id est, personalis actio, qua actor intendat sibi dari oportere, cùm res quæ ipsius est, amplius ejus fieri non possit? Respondet Justinianus, in *d. §. sic itaque.* odio furum esse factum, ut hac actione etiam teneantur, si appareat eos dare oportere. *d. l. fin. usufr. quemadm. cav.*

4. Quare non translato dominio detur hæc actio.

Nam hæc actio aliquanto utilior est, quam rei vendicatio; quippe in qua nec dominii probatione oneretur actor, cui sufficit ostendere rem furto esse sublatam: *Dd. in l. 1. h. t.* & quomodocunque re extincta, aut perdita, aut deteriore reddita, non liberetur reus: *l. in re furtiva. 8. l. qui furtum 16. l. fin. hoc tit.* quod in rei vendicatione non usquequaque observatur *l. item si verberatum. 15. §. fin. cum l. seq. ubi Dd. de rei vend.*

5. Quid sit condictio.

Est igitur condictio furtiva, actio personalis, civilis, qua dominus intendit à fure, aut ejus hærede, rem furto sublatam sibi dari oportere.

6. Cui detur

Hæc datur ei cujus res fuit cum subtraheretur, nempe domino, *l. 1. l. quoniam. l. 18. h. t.* etiamsi illi surrepta non sit, *l. & ideo 12. in princ. d. l. quoniam 18. h. tit.* cui verò post furtum factum dominium rei acquiritur, condictionem is non habet: quia res illi subtracta non est, nec initio obligationis, nempe tempore commissi furti, quod est inspiciendum, *l. si procuratorem 8. mand.* dominus fuit non autem domino hæc condictio haudquaquam datur: *l. sed nec legatarius. 11. h. t.* nec enim petere potest sibi dari, cui nec dominium neque jus dominii consequendi competit. Unde & creditor, cui res pignori data est, aut commodatarius, hanc intentare nequit (etiamsi jure Sax aliter observetur, *Reinh. diff. 10. per art. 60. l. a.*) Incertu tamen condictione Arist. existimat eum acturum ad possessionem recuperandam, si res illi surrepta fuerit *d. l. & ideo in f.* quod & in commodatario placuit, *l. fin. §. sed cum C. de furt.* Plane cum hæc actio sit rei persecutoria, hæredibus domini eam competere constat, *d. l. sed nec. 11.*

7. Adversus quos.

Datur autem adversus verum furem, *l. ex furtiva. 5. l. sive 10. l. qui furtum. 26. h. t.* qui videlicet furtum fecit, & rem contrectavit, *d. l. 5. d. l. si servus 14. §. fin. hoc tit.* Nam qui ope tantum & consilio furtum adjuvat, quamvis furti actione rectè conveniatus, tamen quia rem non contrectavit, condictione non tenetur, *l. proinde 6. h. t.* Item datur adversus vi bonorum raptorem: *d. l. sive 10. vers. at quoque.* nam & hic fur est. *Instit. de vi bon. rapt. in prin. vide inf. eod. titul.* & quoniam est actio rei persecutoria adversus horum hæredes cæterosque successores datur, *d. l. 5. l. si pro fure. 7. §. fin.* quia quæstio pecuniaria est, *l. ult. ad l. Jul. pecul.* non quidem quatenus sunt locupletiores ex re furtiva, sed quatenus succedunt, adeo ut qui ex asse successit, in solidum teneatur, etiam si ad eum res furtiva non pervenit, *l. in condictione. 9. hoc tit,* licet *Cujac. contra disputat. obser v. lib. 7. cap 37.* quod est in hac condictione quæ ex delicto descendit. *l. si ambo 10. §. quoties de compens. l. Græce. 8. §. si adversus ex delict. de fidejuss.* specialiter odio furum introductum: alioquin hæres regulariter ex delicto defuncti non tenetur, nisi quatenus ad eum pervenit, *l. 1. de priva. delic. l. si plures. §. 1. l. in herede 26. de dol. mal.* etiamsi actio sit Rei persecutoria, *l. si in rem. 42. l. si in rem. 51. cum l. seq. de rei vendic.* dum tamen ex delicto, non etiam ex contractu agatur, *l. ex contractibus. 48. l. ex deposit. n. de actio.* Quamobrem Cujacius hanc quoque actionem & similes non aliter in hæredem dari vult, quam in quantum pervenit, nisi lis fuerit cum defuncto contestata, *Cujac. obser v. lib. 13. cap. 37.*

8. Ad quid, & quæ in eam veniant.

In re furtiva condictio ipsorum corporum competit, *l. in re furtiva. 8. h. t.* etiamsi in aliam speciem sint immutata, *l. ex argento. 13. h. t.* sed utrum tamdiu, quamdiu extant, an vero etsi desierint esse in rebus humanis, aut alioqui perierint? Et siquidem obtulit fur, aut moram alioqui purgavit, novata obligatione, aut alio modo, sine dubio nulla erit condictio, *d. l. in re furtiva. l. partis referr. 17. h. t.* Si non obtulit, quamvis paratus fuerit excipere condictionem, & per me steterit, dum in rebus humanis res fuit, condicere, æstimationis condictio nihilominus durat, *d. l. in re furtiva. d. l. fin. C. eod. tit.* quoniam fur semper moram facere in re restituenda, quam auferre non debuit, intelligitur, *d. l. fin. l. subtract. C. de fur. l. pœnalis ff. de vi & vi arm.* Qui autem in mora est, illius periculo res semper perit, *l. quod te, 5. si cert. pet. l. si in Asia. 12. §. fi. inf. depos. l. cum rei 47. §. fi. inf. de lega. 1.* Sed cujus temporis æstimatio fiat, quæritur? & placet id tempus spectari, quo res unquàm plurimi fuit. Nam si restituta ut oportebat fuisset. *l. si sterilis. 21. §. cum per venditorem. 3. de act. empt.* dominus nec deteriorem rem dando fur liberatur, quia semper moram facere videtur, *d. l. in re furtiva.* Denique non modò quanti plurimi, sed omne id quod interest, agentis rem surreptam non fuisse, & fructus partusque, ac quicquid ex re quæstus haberi potuit, in condictionem venire certum est, *l. 3. l. in re. 8. §. fin. h. t.*

OBSERVATA.

Cur hagatur de cond. furt.

Quomodo differat ab act. furti.

N. I. Annumeratur condictio furtiva reliquis non alia ratione quàm propter nomen generis & effectum generalem. Specie enim ab aliis in multis differt. Quoad actiones autem plures concurrentes, de quibus hîc Wesenb. inprimis notandæ sunt differentiæ actionis furti & condictionis. Equidem condictio furtiva aliquando dicitur actio furti, *l. 9. de in lit. jur. l. 71. de furt.* sed non nisi nomine generis analogici & improprii, *l. 14. §. qualis C. de furt.* Quo sensu actio furti dividitur in pœnalem, quæ propriè actio furti, & condictionem furtivam, quæ rei persecutoria, *Cujac. ad h. t. in f.* Attamen lata in his differentia est. Nam (1) actio furti pœnalis est, *§. 1. f. de perpet. & temp. act.* condictio civilis, & rei persecutoria, *l. 7. §. condictio h. t.* (2) illa directè ex furto descendit, hæc occasione furti competit (3) illa domino datur, & illi cujus interest, hæc soli domino, *l. 1. h. t.* (4) hac convenitur solus fur, aut hæres ejus, *l. 5. h. t.* illa adversus hæredes non competit, *l. 7. §. f. l. 9. eod. §. 1. de perp. & temp. act.* (5) illa infamat, *l. 1. d. his qui not. infam.* hæc non item. *l. 36. de O. & A. c. infames 6. q. 1.*

Datur domino singulari ratione ob odium furum.

N. III. *Odio furum esse factum*) Nimirum ex hac solâ ratione sustinetur hæc condictio, indeque irregularis est, & plane extraordinaria, quod, *cùm alias condictio non competat illi qui dominium adhuc habet, qualis est cui res furto ablata,* tamen contra vulgatam juris rationem hîc detur domino *propter odium furum,* ut eo pluribus actionibus tenerentur. Et hoc potius dicendum, cum Justin *in §. sic itaque I. de action.* quàm cum Bach. *in not. h.* & Joh. Fab. *ad d. §. 14.* fingendum, *agi hac condictione ad dandum saltem in speciem, & verbis tenus, re vera agi ad restituendum.* Nam si hoc proprium habet quod contra hæredes detur, quidni etiam in eâ hoc admittendum ut singulare, quod dominus rem suam à fure condicere possit? ita ut regula juris, nemo rem suam condicere potest, hîc patiatur exceptionem. Vid. And. Clud. *comm. ad h. t. de cond. furt. c. 1. n. 20.*

Ex personalis.

N. V. *Est igitur*) Recta hæc est definitio. *Personalis* vocatur non solum quòd condictio generaliter sit actio personalis, *§. 15. I. de act. junct. d. arg. l. 1. C. de donat. quæ sub modo vel condit.* sec. Clud. *d. c. 1. n. 2.* sed etiam quod occasione furti oritur, *arg. l. 10 §. 2. de compens.* vide not. *infr. n. 7.* Rectè quoque dicitur civilis Wesenbecio hîc & Oldend. *class. 7. art. 4. in pr.* Hotomano nequicquam dissentiente *in d. §. 14. I. de act.* quasi plæræque leg. hujus tit. ex libris JCtorum ad Edictum sint desumptæ, hæcque actio multa singularia contineat. Nam præterquam quod & h. t. aliæ sunt leges ex aliis libris collectæ, etiam mutuum multa singularia habet, *l. 15. de reb. cred.* cujus tamen actionem Prætoriam esse nemo dixerit.

Datur & domino post subtractionem facto.

N. VI. *Cui verò post furtum factum*) Q. *An i. qui post rei subtractionem factus est dominus, detur condictio?* Negat Wesenb. h. & Clud. *d. 1. n. 8. & seqq.* quod res ipsi non sit subtracta initio obligationis, quod tempus hîc inspiciendum, *arg. l. 18. mand.* Verùm nec illi domino denegandam esse hanc condictionem, cùm Bachov. rectè defenditur. Ratio petenda est (1) ex *l. 1. h. t.* quod hæc condictio *in genere detur domino,* qualis & is qui postea dominium acquisivit, (2) quod & in hoc militet ratio imperatoris *in d. §. 14. I. de action.* odium sc. furum. Neque officit. *l. 18. mand.* quæ contineat juris regulam, ad contractus maxime pertinentem & in multis exceptioni obnoxiam. Ita nec mutat, quod tempore commissi furti quis non fuerit dominus; nam *nec hæc actio ex furto nascitur,* sed immediatè & ex occasione furti datur, ut ita initium furti spectare hîc non sit necessarium, sed sufficiat illud factum esse, ut ita occasione ejus possit condictio dari, ei qui se dominum fatetur. Quin huc facit, quod hæc condictio domino competat, etiamsi illi res surrepta non fuerit & qui similis domino est b. f. possessori, *l. 12. pr. l. 18. h. t. l. 14. §. 16. l. 12. pr. & §. 1. eod.* Non obstat, *l. 10. h.* ubi dicitur condictionem hanc non dari legatario, quod condictio ei competat cui res surrepta sit. Resp. Gl. & Costal. *ad ill. l.* add. not. 1. *ad verba hæredibus domini.*

Domino datur cõd. furtiva certi, qui aliud jus in re habent incerti.

Unde & creditor) Q. *an creditori & commodatario detur hæc condictio?* Wesenb. affirmat iis competere. Sed de illo quidem rectè, non verò de hoc. Datur enim hæc actio, certi quidem, domino *d. l. 1. h.* incerti ei qui jus in re possessionemve habet, ut b. f. possessori *d. l. 1. h.* creditori qui pignus accepit, *l. 12. §. f. eod. l. 22. de pignor.* At commodatario neutrum ex his competit, *l. res commodat.* Non officit *l. f. §. sed cum C. de furt.* ad quam respondet Bachov. ibi referri jus vetus à Triboniano, cui fides non sit habenda. Forte an rectius dicitur, actionem, quæ *in d. l. f.* dicitur competere commodatario pro re furtivâ, non esse condictionem furtivam, neque certi neque incerti, propter dictas rationes, sed actionem in factum subsidiariam, *arg. l. 16. C. de agric. & censit.* Gotofr. *in l. 12. h. t.* Vel etiam verba *d. l. f. §. sed cum. non tantùm in rem furtivam, sed etiam pœnam furti,* intelligi possunt conjunctim, ut sensus sit, *commodatario competere actionem furti ad rem & pœnam, propterea quod ejus inter sit rem non esse surreptam:* ex quo tamen ad condictionem furtivam, sive certi sive incerti, non rectè infertur. Clud. *c. 10. n. 2. & c. 28.*

Quid sit hæc cond. certi & inc.

Incerti tamen condictione) Condictio enim furtiva ab objecto duplex est, certi & incerti, *l. 9. de reb. cred. l. 8. pr. l. 12. ult. h. t.* Illa, quâ dominus intendit *rem certam* furto ablatam extantem sibi dari oportere, *d. l. 1. l. 8. h. t.* Hæc, quæ illi competit, qui aliud jus in re quam dominium habet ob rem ablatam consumptam, adeoque incertam, ad æstimationem *l. 12. §. f. h.* Conf. Clud. *d. comm. c. 2.*

Quomodo detur hæredibus.

Hæredibus domini) Quod intelligendum (1) de hærede & successore universali, *l. si dominium de furt.* non particulari, (quare legatario denegatur hæc actio *l. 11. h.*) quod natura condictionis (utpote actionis personalis) non sit, ut absque cessione in singularem successorem transeat, *l. 3. §. f. usufr. quem. cav.* (2) modò hæres rei subreptæ dominus manserit, quia nec domino ipsi, cui res verè surrepta est, condictio competit, si dominium ab eo recessit, *l. 16. §. ult. h. t.*

Contra furem.

Et illum qui cujus

N. VII. Notanda hoc num. sunt I. quod cond. dicitur dari contra furem, manifestum sc. sive nec manifestum, *l. 10. h.* Et hinc Q. *An contra eum competat hæc condictio, cujus ope, consilio furtum est commissum?* Negant Wesenb. *h.* & Clud. *c. 35. n. 3.* per *l. 6. h. t.* Sed rectius affirmat Bachov. *in not. 1.* quia cujus ope consilio, furtum commissum, actione furti tenetur, quæ pœnalis est & magis odiosa. *Gothofr. h.* cur non & hac actione? 2. quia sec. *l. 53. §. f. de V. S.* condici potest illi qui opem tulit, licet non illi qui tantùm dedit consilium, quidni & illi qui tulit opem, hac actione? Nec adversatur *l. 6. h. t.* quia ibi verba illa: *ope consilio* disjunctive sumi possunt, ideoque verbas

condi-

condictione tenebitur: restringenda sunt ad consilium nudum; quo casu, cum nulla subsuerit contrectatio, nec potent dari condictio furtiva, quæ non nisi ratione furti & contrectationis competit. Conf. Bach. *in not.h.* ubi latè hoc explicat. Sunt tamen qui & hoc casu, ubi nudum consilium intervenit, putant utilem condictionem furtivam competere, de quo videlis Clud.*d.c.2.n.11.* II. Affirmat quidem rectè Wesenb. cum Dd.commun.per *l.5.l.7.§.f.h.t.* cond. hanc *adversus furis hæredes dari in solidum*, sed ex rationibus non bonis. Nam 1. ratio nulla est, *quod hæc condictio sit rei persecutoria*; quia licet sit rei persecutoria, tamen, ex sententia Autoris, ex delicto est, qualis in hæredes datur saltum quatenus ad eos pervenit, §.1.*I. de perpet. & temp.act.* cen rectè quoque docet noster Clud.*c.45.n.21.& 22.* Nec 2. propterea in hæredes datur *quod quæstionem habeat pecuniariam*; quia & actiones pœnales civiles eandem continent. Conf. Bachov. *in not. ubi ad l. ult. ad L. Jul. peculat.* respondet.

Etiam contra hæredes in solidum.

Vera ratio.

Proinde vera ratio est, quod hæc actio sit *irregularis sive extraordinaria, non directò ex delicto descendens, sed occasione ejus à lege, in odium furum introducta*, quæque propterea non habet effectum actionis ordinariæ pœnalis (quæ in hæredem non datur) sed simplicis rei persecutoriæ. Atque ita intelligendum puto, quod in *l.7.h.t.* dicitur, hanc actionem habere rei persecutionem. Ista autem sententia vera est, non modò quoad rem ipsam furtivam *extantem* repetendam; verùm etiam *si res perierit*, ad pretium sive æstimationem ejus consequendam, it. etsi nihil ad hæredem de re furtiva pervenerit, & lis contestata nondum fuerit. Diss. ab hac sententia Cujac. 7. *obs.* 37. textum *in l.9.h.t.* ad casum litis jam contestatæ referens; sed quem copiosè refutat Clud. *d.l.45.n.27. & seqq.* III. Opinatur *h.* Wesenb. esse actionem hanc ex delicto. Quomodo & pòst alios sentit Clud.*c.7.n.5.& seqq.* per *l.10.de comp.l.21.§.5. rer.amotar.l.4.h.t.* Verùm magis placet sententia Bachov. *in not.* quod hæc actio *non sit ex delicto, sed actio dativa, occasione subtractionis per furtum commissa, immediate à lege introducta*. Quod tamen ante ipsum statuerunt quoque Gl. *in d.l.7.§.f.h.* Bart. Salic. Jas. Sichard. & Carol. Molin. citati Cludio *d.c.7.n.2.* Ratio est 1. quod nulla actio ex delicto contra hæredes detur in solidum, ut ipse Wesenb. hic probat: quod, cum sit universale, exceptionem ab odio furum deductam non admittit; manet enim adhuc, quod actio ex delicto promanans repugnet: non dari actionem ex delicto in hæredes in solidum, & dari, contraria sunt. 2. quæ actio ex furto descendit, est pœnalis, sicque non rei persecutoria, 3. eadem non est adstricta ad dominum, sed in eâ inspicitur persona ejus, cui res surrepta, & an ejus intersit vel non: hæc vero soli domino datur, ad instar rei vindicationis, *l.1.h.t.* 4. condictio competit etiam re furtiva peremta, sine dolo aut culpâ furis, ad æstimationem, *l.7.§.f.h.t.* Vult. 2. *Jurispr. Rom.c.19.n.29.* Satius itaque est dicere aliam esse naturam actionis ex delicto, non confundenda cùm hac condictione. Nititur enim hæc aliis planè principiis modo indicatis, ex quibus extra ordinem inducta est, ut sæpè contingit, *arg.l.ult.de indic.l.2.C.de jur.Reip.l.16.§.1.de min. & pass.* præcipuè conspicua in eo quod condictio detur domino, quale est valde exorbitans, cum dare sit dominiú transferre, quod fecisse, ei, qui hac actione agit, ne quidem in mentem venit; tum quod partim in odium furum (externa equidem ratione, non internâ) partim in favorem inducta sit, puta si fortè (ut fit inter honestiores) famæ alicujus actor parcere intendat; quia condictio ignominiam non irrogat, quamvis ex famosis causis pendeat, *l.16.de O. & A.* Breviter ut dicam, fluunt hæc omnia ex distinctione eorum, quæ ordinariè pro justis statuuntur, & quæ extra ordinem, *dd.ll.* Neque contrariatur (1) *l.10. de compens.* §. 2. ibi enim cond. furtiva expressè separatur ab actionibus ex maleficio. (2) in *l.21.§.5.rer.amot.* cond. furtiva cum actione furtiva confertur secundùm quid, sc. quod utraque anno non finiatur (non verò quoad causam hujus actionis) quia & rer. amotar. actio rei persecutoria est, *l.17.§.ult.l.18.rer. amot.* (3) *in l.4.h.t.* nihil aliud dicitur, quam ex furto commisso à servo vel filiofam. condictione hac teneri dominum: unde tamen non sequitur: E. cond. furtiva est ex furto; quia illi actioni quæ ex furto, jure regulari descendit, per totum contraria est: dicitur itaque furto esse hæc actio impropriè, & rectiùs occasione furti, & nascitur quidem furto commisso, sed non ex ipso furto. (4) *l.8. §. 5. de fidejuss.* quam adducit Wesenb. ex sent. etiam Cludii *d.c.7.n.13.* huc planè non pertinet, quia saltim habet, quod generaliter omnibus obligationibus etiam ex delicto descendentibus fidejussor possit accedere.

Non est ex delicto sed furti occasione, actio dativa, planè extraordinaria.

Periculū rei surreptæ ad furem pertinet.

N. VIII. *Illius periculo res semper perit*) Datur hæc condictio ad res mobiles & corporales, quia in his furtum committitur, §.1.*I.de obl. quæ ex del. nasc.* § *furtivæ.I.de usucap.* it. ad speciem novam ex re surreptâ confectam, *l.13.h.t.* Sed Q. si res perierit ex culpâ furis & casu fortuito, utrum condictioni locus sit? Et de culpâ latâ, levi & levissimâ non est dubium; sed & casum fortuitum in hanc actionem venire, & eum à fure præstandum, probatur per *l.3.in f.l.7.§.f.l.8.pr.l.16.§.fin.h.t.l.2.C.eod.* Quamvis enim m.f.p. non præstet casum fortuitum, *l.16. de V.S.* id tamen in rei vindicatione saltim obtinet, non autem in furtò, & ex ejus occasione descendente condictione furtivâ, Conf. Clud.*c.19.& 20.per tot.*

Quæ æstimatio hic spectetur.

Quo res unquam plurimi) Quia hic tempus *admissi delicti, litis contestatæ, & rei judicatæ* inspicitur, ex quo res unquam plurimi fuit: illud enim fur præstare tenetur. Idque *ad executionem sententiæ usque* producendum volunt Dd. Covarr. *in c. peccatum 2.p.§.6.n.2.de R.I.in 6.* ubi dicit furem teneri ad rem restituendam cum æstimatione quanti plurimi fuit, à die rei ablatæ. Et hujus ratio solida est mora, quæ eò usque, donec non sit restitutio, committitur, *l.21.§.3.de act.emt.l.8.§.1.h.t.* Conf. Bach. *in not.h.* ubi *l.2.§.1.de priv.del.* rectè explicat. Imò & ad omne id quod interest datur condictio, & ratione fructuum. Illius exemplum extat in *l.3.h.t.l.52.§.31.l.si servum.h.t.§.idem Julianus.ad L. Aquil. junct. §. illud l.eod.* Fructus peti hîc possunt simul, & cum re ipsa, per, *l.8.§.f.h.t.* Sic ovibus, vaccis vel pecudibus subreptis, cum re ipsa etiam lana, lac, pilus, agni, hædi & vituli hac actione condicuntur, quia omnia sunt in fructu pecudum, *l.28.de usur.l.49.§.ult.de acq.rer.dom.* Et verum hoc est non modò de fructibus *perceptis*, sed & *percipiendis*, sive *extantes* illi sint, sivè *consumti*, tam antè quam post lit. contestatam percepti, §.*etsi.* *I. de offic. jud. l. 2. C. de fruct.* & *tit. exp.*

⁂

TITULUS II. C.4.9.

De Condictione ex lege.

1. *Continuatio tituli.*

POst expositas condictiones magis speciales, subjiciuntur nunc ad ultimum duæ generales: quarum altera condictio ex lege, altera triticiaria nominatur.

2. *Quando detur condictio ex lege.*

De priore ita loquitur Paulus: *l.unic.h.t.* SI OBLIGATIO LEGE NOVA INTRODUCTA SIT, NEC CAUTUM SIT EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR, EX LEGE AGENDUM EST. Ut igitur detur condictio ex lege, oportet subesse obligationem. Condictio enim cum sit personalis actio, *§.si itaque cum §.seq.Inst.de actio.* non potest dari nisi adversus eum, qui aliquo jure nobis obligatus est *§.1.Inst.de actio.*

3. *Contra quem detur.*

Unde secundum nostros, si legis verba non introducant obligationem, sed dirigantur tantum ad judicem, ex illis non datur condictio, aut ulla actio, sed solum imploratio officii judicis: *l.quod si minor.24. §. ultimo minor. vide gl. in l.si soror.8. verb.restitui.C.de collat. inf. in l.eandemum n.4.ac.tit.* de quo tamen ob exempla contraria dubitari licet. *l. 1. C. de cond. ex lege.*

4. *Ex quibus obligationibus detur, aut non.*

Ejusmodi autem obligatio sit necesse est, quæ non satis materiæ & virium habeat, ut per sese jure conventionis sit efficax, sed lege ipsa contrahatur: *l.obligamur.52 § lege de actio.* velut Accurs est exemplum in obligatione donationis. *l.si quis argentum.35.§.fin.C.de donat.gl.l.unic.h.t.* Sed ea actio magis est ex pacto lege confirmato, ut *l.6.de pact.* quam ex lege ipsa, velut in *l.1.C.de reb.cred.l.ult.C. de pet.har.l.ult.§.1.C de jure delib.l.si quando.35.C.de in off.test.l.hac actio.63.l si vero.64. sol.matr.l.si postulaverit.57.§.ult.cum l.seq.de adult.Theoph. §.sed ea omnia: Instit.de har.qua ab intest.* unde rectius species harum condictionum desumi possunt. Deinde oportet legem esse civilem: nam ex jure Prætorio actio in factum oritur, non condictio, *l.quia actionum.11 de prascr.verbis.* & quidem novam legem id est, post leges XII. Tabularum, easque quæ ad interpretationem XII. postea latæ sunt, constitutam.

5. *Usus & exempla harum condictionum.*

Nam ex illis legibus vetustioribus actiones civiles & ordinariæ dantur. *l.2. §. deinde ex his sup.de orig. ju.* Exempla autem condictionum ex lege passim in jure sunt obvia, quæ hic glossa & Dd. cumulant, *d.l.si quis argentum.35. l.si postulaverit.27.§.fin.de adulter.l. extat.7. de eo quod met.cau. l.1.C.de jussen.l.fin. §. fin.autem. C. de petit.har. l.fin.§. licentia.C.de jur.delib.* & harum plurimus est etiam hodie usus, cum ea novis Principum constitutionib. & mandatis agitur. *§.tripli.20.cum seq.ubi condictitia appellatur. Inst. de actio.*

O B S E R V A T A.

Requisita 3.condict. ex lege Quid sit.

N. III. *Ut igitur detur*) Ut competat hæc condictio, tria præcipuè requiruntur 1. ut nova sit obligatio, 2.lege nova sit inducta, 3. ut illa sit juris civilis, *arg.l. ult.h.t.* Et definiri potest, actio personalis, quæ datur ex obligatione lege nova introductâ, quæ, quo actionis genere agendum sit, non expressit. Oportet imprimis esse *obligationem in lege.* Utrum autem lex illam contineat *expressè* eam introducendo, *an verbis ad judicem relatis*, nihil interesse videtur, cum utroque tamen casu obligatio sit in lege posita. Modus enim introducendi talem obligationem externus est, indifferens, in introductione ipsa legis quoad substantiam nihil deficit. In eo tamen aliquando differentia est, quod obligatio unde condictio ejusmodi oritur, quandoque immediatè fit ex lege, nec præexistat factum hominis, undè oriantur, (ut est condictio quâ ad edendum agitur, ad exhibendum, &c. *conf.not.infr.n.4.ad verb.ad est.*) quandoque verò ex lege quidem fit, sed mediante facto aliquo hominis, quod intervenit, (quod tamen neque contractus, neque delictum, neque pollicitatio est) & inde lex obligationem producit, ut condictio ex *l.35.§.5.C.de don.* quæ ex pacto donationis descendit, ex *l.32.de reb.cred.* quæ ex eo est, quod res mea ad te pervenit, & apud te sine causa, ex quo facto oritur obligatio ad reddendum. Et hinc condictio ex lege non malè dividi potest in dativam & nativam, atque ita intelligendus Bachov. *in not.h.n.verb.sub esse oportet.* ubi ait, obligationem illam legis sæpe in obscuro esse, ideoque eam, ut & personalitatem hujus actionis, suos habere gradus: & quam ideoque baptizari dicit Joh. Crispinus de Montibus *in terminis act.1.de cond.ex lege.n.143.* secundùm naturam casuum & rerum de quibus competit: add.D.Stuck.*p.1.conf.7.n.93.& seqq.*

Dativa & nativa.

Obligatio hic nova dicitur ratione effectus.

N. IV. *Quæ non satis materiæ*) Obligatio nova dicitur talis non ratione materiæ essentiæ, sed *ratione effectus ac confirmationis.* Hinc si & obligatio illa juris gent. quæ aliàs jure civili non fuit satis efficax, postmodum lege aliquâ confirmetur, non minùs condictioni huic locus erit, exemplo pacti donationis: Nam licet hoc, ratione materiæ suæ & in se, obligationem habeat quoad jus gent. tamen illa jure civili nulla fuit, *arg.l.7.§.4.de pact.* postquam vero ex constit. Justin. in *d.l.35.* adeoque novâ lege (civili sc.) inde data est obligatio & actio (quæ antè Imperat. eod. jure non erat) actio inde descendens alia esse non potuit quam condictio ex lege, *arg.l.un.h.t.* Neque officit ratio Autoris, quod ea actio magis sit ex pacto quam ex lege. Nam 1.quædam condictiones ex lege quidem sunt, sed mediatè: cujusmodi & hæc 2. quia pactum hoc novam demum obligationem ex *d. l.35.* acquisivit, quam antequam habuit, ea jure civili nulla fuit. Unde & simul patet, quare conventio habens Synallagma non condictionem hanc producat, sed actionem præscriptis verbis, ut & illa quæ nomen habet, actionem nominatam, sc. quia obligatio illa vetus, quam ejusmodi negotia jure civ. habent, satis est efficax ad producendam actionem. Conf. Bachov. *disp.4.de actionib.th.12.& in not.h.*

Lex civilis requiritur.

Legem esse civilem) Condictio enim hæc ex lege est: at Prætor legem facere non potest, sc. SCtum, constitutionem, legèm in specie dictam, plebiscitum, *l.7.pr.de I. & I.* quia à Majestate promanant. Nec adeoque obstat *§.7.Inst.de j. n. g. & c.* Hinc excluduntur actiones personales, quæ ex edicto Prætorio ad similitudinem hujus Cond. ex lege, quandoque descendunt, quæ actiones in factum Prætoriæ dicuntur, *l.11.de prascr.verb.*

Nova post ll.12.tab.

Id est post ll.12. Tabb.) Lex nova hic dicitur præceptum eorum, qui ap.Rom. *post. L.12.Tabb.* jus legis condendæ habebant. Cui consequens, quod non modò ex ll. Codicis, sed & ex ff. (ut continent leges à Majestate latas etiam post illás XII. tabb.) oriatur hæc condictio, qualis est ex *l. si contendat. de fidejussor.l.15. de prascr.verb.l.si postulaverit. §. fin. l. seq.ad L. Iul. de adult. si & me & Titium 32. de reb. cred. l. extat. 13. quod met. caus. l. 12. de jur. fisc. l. 3. quod cum eo qui in al. potest. l. 2. §. fin. de pecul.* Neq; tamen ex omnibus novis post.L.12. Tabb.hæc condi-

condictio datur ; quia quandoque actio nova ab authore illius legis, quæ obligationem continet, denominata est, ut actio L. Aquiliæ, & sic deinceps, condictio triticiaria ab autore, sec. nonnullos, ita dicta.

Exempla hodierna hujus condict.

N. V. *Cum ex novis principum constitutionibus*) *Arg. l. un. h.* Obtinet hæc condictio itidem, si *moribus, Canone, Statutis,* aut *Constitutionibus* Principum Imperii obligatio nova inducta est, exindeque hæc condictio nomen accipit. Ejusmodi est appellata condictio ex moribus, it. ex Canone, de pacto nudo. Vid. observ. *t. de pact.* condictio ex moribus quæ descendit ex retractu gentilino : condictio ex constitutione Principis. v. c. in hoc illustri Ducatu, daß die jenige frembde / so in hiesigen Fürstenthumb Erbe ziehen / oder sich darauß in andere Herischafft begeben und die Güter transferiren, den dritten Pfennig/ h.e. tertiam partem, davon zugeben schüldig sein sollen/ ex Constit. D. Erici de anno 1574. die 9. Febr. repetita à D. Julio d. 7. Febr. anno 1589. & D. Augusto. Q. hîc solet de actione legati ex Testam. nullo quoad institutionem, præstandi, & eâ quæ ex investitura oritur ? Et licet nonnulli arbitrentur ; illam esse Cond. ex moribus, tamen contrarium verius est; quia legata deberi ex ejusmodi testamento nullo, constat ex *auth. ex causa. C. de lib. præt.* itaque condictio hæc ex lege erit. Actio vero quæ ex investitura oritur, ex negotio nominato est, & formam contractus habente, indeque non condictio ex lege vocanda, sed *actio feudalis.* Conf. Oldend. *Class. 3. art. 18. class. 8. art. 11.* Schneidvvin. *ad §. quod ve. I. de action.* Cæterum ex prædictis satis patet ; quod & hæc actio ex extraordinariis principiis originem habeat, quat. in re ambiguâ illud quod benignius, est accipiendũ, *l. 56. de R. I.*

Princip. h. actionis.

TITULUS III.

De Condictione triticiaria.

1. *Ex quibus causis, ad quas res detur hæc condictio.*

Condictio triticiaria à tritico (authore hic Cujacio) nomen habet, quo verbo omnes fruges vetustas appellabat. *l. triticum 94. ubi Dd. de verb. obli.* per quam condictionem, sicuti pecunia numerata mutuo data condictione certi, ita præter pecuniam aliæ res omnes, sive pondere, sive mensura constent, sive mobiles sint, sive soli, sive incorporales, petuntur, *l. 1. h. t.* Neque vero hujus condictionis supervacaneus est usus. Nam etsi condictio certi longius ; extra numeratam pecuniam, progressu temporis porrecta est ad omnes res, quæ pondere, numero, mensura constant petendas, quæ & verbo pecuniæ comprehenduntur, *l. 2. circ. fin. C. de const. pec.* tamen non aliter datur, nisi in obligatione certum quid sit & debeatur : neque ultra res fungibiles in suo genere extenditur. Unde utilitatis gratia visum fuit, & hanc condictionem dari, quæ non solum ex mutuo, sed ex omnibus contractibus, *l. 1. h. t.* & non modo ad certam, sed etiam incertam rem qualemcunque, ejusve æstimationem, excepta tamen pecunia numerata (quæ nequit æstimari, & ad quam petendam condictio certi sufficit) agi possit : ut in hac non habeat opus actor evidenti designatione circumscribere rem, & demonstrare eam esse certam ac fungibilem, quod in condictione certi est necessarium.

2. *Expiratio l. 1. & 3.*

In hac autem actione si quæratur, res quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat : verius est quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum, cum eousque illa crescere, præsertim circa accessiones, possit. Si vero desierit res esse in reb. humanis, & æstimatio incunda sit, ac debeatur, ut semper debetur in reb. fungibilibus, *l. incendium, 11. C. si cer. pet.* (in specieb. autem post moram, *l. 3. si cert. pet.*) mortis tempus considerandum : quod non de puncto temporis quo extinguitur res, accipiendum est (nam sic ad exiguum precium reduceretur æstimatio, cum in articulo mortis seu interitus, res minimo valeant & æstimentur) sed secundum Celsum ἐν πλάτει, & latiori quadam æquitatis adhibita interpretatione. Quod si verò post moram facta sit res deterior, ad tempus moræ reducenda erit æstimatio, *l. penul. h. t.* Quod si de die aut loco quo dari debuit, est conventum, tanti lis erit æstimanda, quanti eo die aut loco fuit, *l. si calendis. 22. de re jud. l. cum quis. 12. de actio.* si nihil convenit, quanti tunc cum judicium accipitur. Nam hoc tempus in stricti juris actionibus regulariter spectari solet, *l. vinum, 22. si cert. pet. l. 3. §. in hac commodati.*

O B S E R V A T A.

Quid sit h. act.

N. I. *Per quam condictionem*) Finiri potest actio *personalis prætoria, qua petimus debitum, quod etiam alia speciali actione petere possumus, modò non pecunia numerata debeatur, l. 1. h. t.* Est autem hæc una ex actionibus vel remediis subsidiariis, qualia sunt quandoque præscriptis verbis, actio in factum, condictio ex lege, actio doli mali, officium judicis, restitutio in integrum, vid. Oldend. *Class. 4. art. 49.* Forma namque legis externa non modò directa est (ubi rectâ viâ quid statuitur) sed & indirecta est (ubi per circuitum quid permittitur, puta dando exceptionem, utilem actionem, subsidiariam, implorationem officii judicis, rest. in int. statuendo, per legis fictionem, &c. Competit autem, rectè h. notante Bachovio, non tantùm pro rebus fungibilibus, sed & pro aliis, cum res certæ sunt, etiam non fungibiles, *arg. l. 9. de reb. cred. l. 74. §. 1. & l. seq. de V. S. l. 6. de reb. cred.* Quod si tamen Autor per condictionem certi, ut videtur, intelligit condict. certi ex mutuo, utique verum est, eam tantum pro fungibilibus competere. Conf. quoad cætera Bach. *h.*

TITULUS IV. C. 3. 18.

De eo quod certo loco dari oportet.

1. *Continuatio.*

Hactenus expositum est, quemadmodum genus rerum creditarum ex mutuo, vel quasi mutuo, jure civili condictionibus repetatur. Sed quia interdum crediti solutio in certum locum confertur, fit, ut ratione loci adjecti alteretur natura condictionum : fiantque ex stricti juris actionibus arbitrariæ, hoc est, arbitrio judicis disceptandæ, finiendæque ex bono & æquo relinquantur : quod quomodo fiat, priusquam ad alias species rerum creditarum transeamus, paucis est exponendum.

2. *Ex qua causa in puta actio dolo sit actio arbitraria.*

Ac videbatur, cum in mutuo aut stipulatu conventum esset ut certo loco pecunia daretur, facultatem alio loco agendi non competere : quod actor plus loco petere intelligatur, qui puta intentione alio quam de quo convenit loco, pecuniam petit. Aufert enim promissori utilitatem, quam haberet, si loco convento solveret, *§ plus autem. vers. loco. Instit. de actio. ubi vide quæ dixi.* Qui autem plus quàm debetur quoquo modo petit, is non modo olim agens non audiebatur, verum etiam, causa cadebat, *§ si quis agens Instit. de actio. Cic. l. 1. de Orat. & lib. 2. de Inven. cap. 4. Quint. lib. 7.* Sed iniquum erat, si promissor vel data opera, vel alibi necessario districtus, ad eum locum in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, non posse stipulatorem ad suum pervenire; atqui ita facto debitoris

toris eludi obligationem, non data potestate alibi convenien-di. *l. continuus. 137. §. illud. l. inter. 83. §. 1. de verb. obl.* ideo visum est, contra subtilitatem stricti juris, ex æquitate utilem & idoneam actionem in eam rem comparare, qua alio loco rectè agi posset. *l. 1. h. t.*

3. *Forma actionis arbitrariæ.*

Quæ impetratur conceditorque à Prætore adjecta ea clausula, ut ex arbitrio Judex condemnet reum, æstimetque quanti vel actoris vel rei interfit, solutionem non loco convento, sed alio ubi videlicet petitur, fieri. Ad hunc modum instituta actione, non potest actor repelli, tanquam Plus loco petens, cum non adimat utilitatem loci reo, neque pure intendat, sed arbitrio judicis rem committat ex bono & æquo judicandam: ut is rationem habeat utilitatis, quæ ad promissorem reditura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit.

4. *Quid significet arbitrium.*

Arbitrium enim nihil aliud significat, quam judicium æquo & bono consentaneum, quale a viro bono exspectari profertique oporteat. *l. in personam 22. § generaliter. inf. de reg. jur. l. hac venditio, 7. de contrah. empt. l. 1. de legu. 2.*

5. *Quamobrem dicatur arbitraria, nec esse novam actionis speciem: & quàm latè pateat judicis in hac potestas.*

Propter hanc autem arbitrandi potestatem, quæ hoc casu in formula agendi adjiciebatur condictioni, alioqui stricti juris formulis obnoxiæ, ita ut cum pure intenditur, non liceat Judici a verbis & natura contractus, præscriptoque judicii a Prætore modo in judicando recedere. *l. quicquid 99. l. si ita stipulatus fuerim. 126. §. Chrysogonus in fin. de verb. oblig.* actio hæc, cum alio quam de quo conventum est loco agitur. Arbitraria vocatur: quod arbitrio scilicet judicis, tanquam boni arbitri, contra naturam strictorum judiciorum ejus dijudicatio ex bono & æquo prætoria formulâ committeretur: adeo ut quantitati contractus, Judex servire non cogatur, sed vel excedere vel minuere quantitatem possit, pro ratione ejus quod interest vel actoris, vel rei, convento loco solutum fuisse, *l. 2. in prin. §. fin. cum ll. seqq. h. t.* Quo alludit Seneca lib. 3. de Benef. Melior. loquit, videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem quam ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos quos non excedat terminos ponit: hujus libera & nullis constricta vinculis religio est. Item lib. 2. de Clem. Clementia liberum arbitrium habet: nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat. Quin & ideo arbitraria dicitur, quod & hoc arbitrio judicantis permissum est, ut interdum reum absolvat, cautione ab eo exacta, de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est: si vel oblata ibi pecunia, vel ea facilis solvenda dicatur, *l. quod si Ephesi. 4. § 1. h. t.* Ex his facile apparet, hanc non esse specialem aliquam actionem: sed usitatas stricti juris condictiones, hoc appellari arbitrariæ nomine, quando contra stricti judicii naturam additur à prætore clausula, ut ex arbitrio judicare liceat: ut in simili exercitoria, institoria, de peculio, noxalis, &c. actiones dicuntur.

6. *Quomodo in hac interesse tam actoris quàm rei æstimetur nova ratio.*

Porro quod diximus, tam id quod interest actoris, quàm rei, in hac actione considerari: distinctionem recipit: Nam rei quidem quod interest, indistinctè & semper ejus habenda erit ratio, *quanquam in moroso debitore Cujac. aliter statuat ad Aphricum. leg. centum h. t.* alioqui si actor pure intendat, plus loco petere intelligetur. Actoris autem non semper. Quid enim, si debitor obtulit loco convento pecuniam, aut deposuit, aut alioqui difficultate justa (quæ a mora excusat. *l. secundum 21. cum ll. sequen. de usur. Dd. in l. quod te. sup. si cert. pet.*) impeditus fuerit, quo minus accederet? absolvendus utique erit. *d. l. quod si Ephes. §. 1.* aut in solam contractus quantitatem condemnandus, non in id quod interest actoris: quod cum pœna sit, *l. unica, in fin. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* exigi ab illo qui culpa vacat, fuerit injustum, *c. sine culpa de regul. jur. in 6.* Tum igitur solum ratio ejus quod interest actoris inibitur, cum culpa aut mora debitoris factum est, ut plerumque fit (etsi enim debitor impediatur, potest tamen per alium solvere, *l. continuus. 137. § cum ita de verb. oblig.*) quo minus loco convento solutio explicaretur. *d. leg. 2. §. fin. in ver. itaque ibi, vel pœna commissa mora tum hoc t.* Cui & illud argumento est, quod ne fidejussoris quidem obligatio augeatur, si non per eum, sed debitorem steterit, quo minus suo loco solveretur, *l. centum Capua 8. h. t.* nisi in omnem contractus bonæ fidei causam sese obligarit *l. quaro, 54. in prin. infr. locat.*

7. *L. centum Capua.*

Quod si fidejussoris culpâ casentus non augetur obligatio, ratione ejus quod interesse potest actoris: ne principalis quidem debitoris augebitur, si nullius moræ argui potest. Et hæc quidem ita se habent, cum actio stricti juris, puta ex mutuo vel stipulatu; atque etiam testamento, alio loco proponitur. *l. si hæres. 6. h. t. l. alias. 6. ubi Bar. de in lit. jur. l. fin. de cond. ob turp. caus. vide Jason. §. ex malef. num. 29. Inst. de action.*

8. *Cur in bonæ fidei judiciis cesset arbitraria.*

Nam si bonæ fidei actione agatur, cum illa suapte natura propter clausulam ex bona fide adjici solitam contineat, Ut ex bono & æquo arbitretur Judex, quid alterum alteri præstare conveniat. *§. in bonæ fidei Instit. de actio. l. exempto. de act. emp.* & proinde sine ulla propriæ naturæ mutatione, aliave externa clausula, convenienter alio etiam loco purè proponatur, non induit nomen arbitrariæ actionis: quia ejus qualitas non immutatur, etiamsi alio quam de quo pactum est loco agatur, *l. in bonæ fidei. 7. h. t.* Etsi autem hodie formulæ illæ actionum sublatæ sunt, *l. 1. 2. C. de form. & imper. subl.* sciendum tamen est, eandem nihilominus actionibus illis durare naturam & judicii formam, potestatemque judicis, pro harum varietate, secundum ea quæ modo proposuimus, variare, *vide Inst. in Isago, & ad 3. præteren. & vers. loco quo scripsi.*

OBSERVATA.

Connexio.

N. I. *Hactenus*) Affines condictionibus sunt duæ seqq. actiones Prætoriæ, de eo quod certo loco: & de constituta pecuniâ. *Illa est actio adjectitia, arbitraria, quâ quod certo loco dari debuit, petitur loco alio, facta commemoratione ejus quo dari debuit, ut æstimet Iudex quãti interfit eo loco dari quo dari debuit.*

Quid hæc actio.

quod equidẽ nõ internâ ratione justũ est, sed externa, ne stipulator credito suo frustretur, si debitor fortè ad locum in quem promissum fuit, nunquam veniat.

Cur arbit.

Dicitur autem arbitraria, non ut actio quod metus causâ, sed quod totum in ea arbitrio judicis committatur, §. 31. *I. de act. vid. n. 15.*

Locus alius hic est, qui idoneus.

N. II. *Alio loco*) Idoneo scil. sec. *Treutl. vol. 2. disp. 43. th. 3. lit. G.* hoc est, ut explicat *ibid.* Bachov. eo loco, quo aliàs non adjecto loco rectè ageretur. Diss. alii, existimantes, eum qui in loco destinato non solvit, quocunque loco conveniri posse, etiamsi aliàs nec ratione contractus, nec ratione domicilii forum ibi habeat, per *l. 16. §. 1. de const. pec. l. 27. de condict. indeb.* ubi dicitur ubique agi posse. Verùm explicandi hi textus sine dubio sunt de loco idoneo quovis quo agi potuisset, si locus adjectus non esset, putâ contractus, domicilii, &c. quippe absurdum foret, locum adjectum quo constringitur facultas conveniendi, operari effectum contrarium, ut si non solvatur loco destinato, liceat longè lateque petere, contrà intentionem contrahentium.

Actio hæc est adjectitiæ qualitatis mutuo stipulatæ stam. constitutæ.

N. V. *Ex his facile*) Causa hujus actionis principalis est negocium stricti juris, *Mutuum, Stipulatio*, *l. 2. §. 1. l. 6. l. 7. § 1. h. t.* it. testamentum, si hæres à testatore jussus sit certo loco quid dare, *l. 5. eod.* unde actio personalis ex testamento. Idem in constituto quod certo loco factum, unde actio de constituta pecunia, *d. l. 16. § 1. de const. pec.* nec non quando quis certo loco se debere existimans indebitum solvit, unde est condictio indebiti, *d. l. 29. de cond. indeb.* Quod enim hæ actiones arbitrariæ dicuntur, id non designat novam actionem, sed solum actionis principalis novam qualitatem: quæ ergo actionibus b. f. inest naturaliter, *l. 7. h. t.* His convenit Responsum Dn. Antecessorum ad Senatum Mundensem, ann. 1605. d. 13. Maii, verbis: daß Beklagter den Kosten und Schaden wegen der zu rechter Zeit und inmassen diesfals von andern geschehen / nicht gelieferten und von Bremen nach Münden überbrachten 15. Tonnen Herings / Klägern uff richterliche Ermessigung zu erstatten schüldig. Per verba rechter Zeit / intelligitur tempore, quod stipulatus erat creditor, rẽ traditam non fuisse.

Interest quandoque actoris, nonnunquam rei.

N. VI. *Rei quidem quod interest indistinctè*) Loco convento solvi vel actoris interest vel rei. Illo casu vel reus fuit in mora quo minus loco dicto solveretur, & actor consequitur quod ejus hoc nomine interest, *l. 2. §. ult. h.* Vel reus non fuit in mora, & ratio interesse cessat, *l. 4. §. 1. eod.* Ubi interest rei ut

in lo-

in loco convento solvatur, putat A. indistinctè ejus quod interest rationem habendam. Verum rectiùs post Cujac. distinguit Bach. *ad Tr. d. 23. th. 4. C.* inter reum morosum & non morosum. In hoc id quod interest, seu utilitas rei attenditur; dicitur autem non fuisse morosus vel si ipse non commisit moram, vel justa ratione est impeditus, ut quando ipse actor fuit in morâ accipiendi. In moroso absurdum sane erit ejus rationem haberi qui moram admisit, cum nemini mora sua prodesse possit, sed semper noceat, *l. 173. §. 2. de R. I.* & non modò debitoris, sed & creditoris seu actoris gratiâ locus adjiciatur, *l. h. t.* cujus itaque solius hoc casu ratio habenda, non verò debitoris. Vide Bach. *ad Tr. d. disp. 23. th. 4. lit. C.* heic sibi contrarium. Add. Mev. debitorem qui certo loco præstare obnoxius est, non liberari ab eo quod interest, cum creditor alium præstandi locum debitoris gratiâ ex necessitate recipit, *p. 5. dec. 44.*

TITULUS V. C. 4. 18.

De Pecunia constituta.

1. Continuatur: unde, & qualis sit hac actio.

Et his quidem modis jure civili pecunia ex mutuo vel quasi mutuo condicitur. Sed est & jure prætorio introducta actio, quæ vocatur de constituta pecunia, aut de constituto *l. enim qui 5 § 1. h. t.* aut constitutoria, *l. neque enim 20. h. t. vide Paul. lib. 2. tit. 2. & lib. 1. tit. 10. ubi Cujac.* quam prætor dat adversus eos qui pecuniam ex priore aliqua obligatione, sive valida jure civili, sive invalida soluturos se constituerunt.

2. Quid sit constituere

Constituere autem inter alia significat, cum ordinare aliquid non simpliciter, sed stabiliendo ac firmando quod ante erat per se imbecillum, sicuti Latinè dicitur constituere Rempublicam: cum de certo aliquo die quo quid fiat, convenire ut apud Terentium, nam constitui cum quodam hospite, me illum conventurum. Hinc constituere pecuniam, est denuo paciscі, & sine solennitate statuere ac convenire, de pecunia certo tempore solvenda: quæ antea ex aliqua obligatione debebatur.

3. Actionem hanc prætoriam & subsidiariam esse.

Dico sine solennitate: Nam si solennitas stipulationis fuerit adhibita, non opus erit Prætoria actione, cum Jure civili promissor teneatur *§. de constituta Instit. de action.* Deficiente porro solennitate civili, cum eo quoque jure deficiat in nudis pactis obligationis efficacia, succurrit hoc casu Prætor: ea de causa, quod videbatur grave & contra naturalem æquitatem, geminatam contractus fidem fallere, *l. 1. h. t.*

4. Cur hoc casu ex nudo pacto datur.

Unde si statuatur, conveniatque de pecunia solvenda, quæ quoquo modo debetur, hanc conventionem quasi fidejussoriam, & quæ alterius firmandæ causa adhibetur, ut nihil operari non debeat, retorsum agit, & ad priorem obligationem adjungit *l. pacta 72. de contrahen. empt.* ejusque vi atque robore confirmat, *l. item illa. 18. §. 1. in verb. retrorsum, &c.* atque ita ex utraque conventione quasi ex contractu nominato dat actionem de constituta pecunia: quemadmodum & in fidejussorem (cujus obligationi hæc plane consimilis est) efficax datur actio, quamvis infirmæ obligationi, puta naturali, accesserit. *vide tit. de fidejuss. & Instit. eodem.*

5. Edictum de constituta pecunia.

Edictum autem Prætoris hoc est: QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT, SI APPAREAT EUM QUI CONSTITUIT, NEQUE SOLVERE, NEQUE FECISSE, NEQUE PER ACTOREM STETISSE, QUO MINUS FIERET QUOD CONSTITUTUM EST, EAMQUE PECUNIAM CUM CONSTITUEBATUR, DEBITAM FUISSE, JUDICIUM DABO *l. 1. §. 1. leg. si duo. 16. § ait prætor l. item illa verba. 18. in princip. & § 1. h. t.* Quis, accipe, vel, quæ: nam & mulieres de constituto tenentur, si non intercesserint, *l. 1. §. 1. h. t.*

6. Ejus explicatio: & quæ res hac actione petantur.

Pecuniæ verbum in hoc edicto comprehendit tantum res, quæ pondere, numero, mensura constant: non reliquas species, quibus applicari actionem de constituta rectè non posse veteres arbitrabantur: propterea quod & similitudinem quandam etiam condictionibus certi ex mutuo, in quas aliæ res non cadunt, hæc actio habeat, & in edicto mentio fiat tantum pecuniæ. quod verbum iis rebus propriè non convenit, quæ neque pondere, nec mensura, neque numero constat *l. 2 § creditum ubi gloss. & Dd. si cert. pet. l. talis scriptu. 30 ff de leg. 2. l. 1. in princ. de calu. l. item si 7. in fin. ad S C. Maced. Tiraq. de retr. lig. § 1. gl. ff. 24. nu. 42.*

7. De receptitia actione.

Itaque constituta specierum solutione non hanc actionem, sed receptitiam quandam (a recipiendo, id est, promittendo sic forte dictam) solennibus verbis compositam dabant. Sed hæc postea Justinianus immutavit, voluitque ad omnem omnino rem constitutam persequendam, dari actionem constitutoriam, *l. 2. C. eod. tit.* ut verbum pecuniæ in hac materia nunc latissimè pateat, *ut & in l. pecuniæ. t. 2. 3. verb. sig. nif. Cic. de Invent. lib. 2 cap. 5.* ex constitutione Justiniani.

8. Necessarium est debitum fuisse, quod constituitur.

Oportet autem quod constituitur, esse debitum ex priore aliqua obligatione, ad quam constitutum referatur: cæteroquin nudum esset pactum, si non exemplo fidejussionis ad præcedentem aliquam obligationem adjungeretur: eoque nec danda esset actio. Unde quod aut supra aut extra debitum constituitur, exigi hac actione non potest. *l. hactenus. 11. cum ll. seqq. h. t.*

9. Quomodo debitum accipiatur tam in personis quam rebus.

An igitur aliud constitui possit, quam quod debetur, quæsitum est. Sed cum placuerit, rem pro re posse solvi volenti creditori, & hæc tota res magis Prætoris æquitate, quam juris subtilitate nitatur: nihil prohibet etiam aliud pro debito voluntate creditoris constitui. *d. l. 1. § non potest 5.* Debitum autem ex quacunque causa potest constitui, id est, ex quocunque contractu, & vel natura debitum sufficit. Nam Prætor naturalem solum æquitatem in hoc edicto attendit, *d. l. 1. in prin.* ex qua sufficit deberi. Sed & qui honoraria actione, non jure civili obligatus est, constituendo tenetur, *d. l. 1. §. fin.* quia totum hoc jus ex jurisdictione venit. Si quis autem constituat, quod jure duntaxat civili debet, non autem Prætorio, an constituendo teneatur, quæritur? & verius est, cum non teneri, quia debita juribus (videlicet naturali & Prætorio) non est pecunia, nec habet naturalem in se æquitatis obligationem, qua constitutum nititur *l. quod si maritus. 3. § 1. h. t.* Perinde autem est, sive purum sit debitum, sive sub conditione debeatur, aut etiam in diem: nam propter has potissimum pecunias, quæ nondum peti possunt, constituta sunt introducta, *d. l. quod si maritus in fin.* Quod tamen sub conditione debetur, sive purè, sive certo die constituatur, eandem conditionem nihilominus habet: alioquin non debitum videretur constitutum *l. id quod sub conditione, 19. h. t.* Nam accessorii contractus induere debent naturam Principalis: *l. 4. de usur. la. & Dd. in l. 1. de verb. oblig.* nec potest alia forma esse principalis obligationis, puta conditionalis; alia vero accessoriæ, puta pura, ut in diem, *l. Græca 8. § illud. l. ubi qui accessiones. 34. de fidejussor.* Quod autem exigimus, ut sit debitum quod constituitur, in rem actum est: non utique ut is cui constituitur, creditor sit. Nam & ad id quod ego debeo, tu constituendo teneberis: & quod tibi debetur, si mihi constitutum sit, potest exigi, *l. enim qui 5 § quod exigimus, 2. l. ubi quis 28. h. t.*

10. Forma constituendi.

Constituimus autem quibuscunque verbis, ut satisfaciam tibi, & similibus, quæ voluntatem constituendi indicant, *Auth. si quando. C. eodem. tit.* & per nuncium, aut per Epistolam. *d. l. enim qui § Julianus. l. qui autem. 14. § fin. cum l. seq. hoc tit.*

11. Quare purè non rectè constituatur.

Sed & certo loco & tempore constituere quis potest: nec solum eo loco petere ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrariæ actionis, ubique ubi debitor forum sortitur. *l. si duo 16. § 1. hoc tit.* Certo etiam tempore rectè constituitur, *d. l. si duo. 16. § 1* adeo quidem, ut sine illo vix possit, *l. promissor. 21. § si sine, hoc tit.* quia neque nomen nec natura constituti patitur sine die constitui. Nomen ideo; quia constituere, ut dixi, est de certo tempore convenire Natura constituti non admittit, quoniam si pure constitutum factum valeat, sequetur confestim agi posse adversus eum, qui se soluturum promisit: quod esset injustum, *l. quod dicimus l. 105. de solut.* Utilitatis tamen gratia placuit, etiam purè constitui posse, & modicum tempus, non minus tamen dierum decem statui, ut exactio celebretur, *d. l. promissor. § si sine.*

12. Explicatio edicti.

Addit prætor: SI APPAREAT EUM QUI CONSTITUIT, NEQUE SOLVERE, NEQUE FECISSE QUOD DARE FACEREVE CONSTITUIT, NEQUE PER ACTOREM STETISSE QUO MINUS FIERET QUOD CONSTITUTUM EST. Si enim is in mora accipiendi fuerit, vel eo die quo solutio facienda erat, vel postea, aut etiam casu aliquo impeditus fuerit, denegat Prætor judicium, *l. si duo 16. § fin cum ll. seqq. hoc tit.* EAMQUE PECUNIAM, CUM CONSTITUEBATUR, DEBITAM FUISSE. Oportet enim deberi quod constituitur, ut dictum est. Sufficit autem tempore constituti, cujus mentionem Prætor facit, debitum fuisse, quantumvis postea desierit deberi. *l. item illa 18. § 1. h. t.* JUDICIUM DABO.

Aa

43. *Cujusmodi sit judicium, & quomodo cum aliis concurrat.*

At cujusmodi? Et magis est, ut hæc actio non pœnam, sed rei persecutionem contineat, *d.l.item illa § pen.* Agetur igitur in hoc, Ut quod constitutum est fiat, *d.l.qui autem.§.1. l.promissor, Stich.21 §.fi h.t.* aut in id quod interest, promissor condemnetur, *d.l.qui autem. § 2. in verbis, æquum est teneri eum qui constituit, vel in id quod interest, &c.* Hoc autem judicium non consumit civilem actionem, si qua ex priore obligatione, cui subjectum est constitutum, competebat, nec è contrario. Solutione enim magis utraque actio tollitur quam litis contestatione, cum ex diversis causis & obligationibus oriantur, *d.l. item illa, § fin.* & velut principalis atque accessoria fidejussionis causa, rectè una subsistant.

O B S E R V A T A.

Actio hæc quid.

N. I. *Actio*) Est hæc *in factum prætoria, personalis, qua convenitur is, qui* promittit se soluturum, quod vel ipse, vel alius ex justa causâ solvere vel facere debet, *§.9.I.de act.l.1.§.5.& seqq.h.*

Causa ejus non est contr. nominatus.

N. IV. *Succurrit*) Non constat inter Dd. quænam sit causa efficiens hujus actionis. Wes.*h.t.* putat, esse conventionem geminatam, quæ sit q. contractus nominatus. Verùm 1. pactum nudum cum per se non producat actionem, *l.7 §.4.de pact.* neque geminatum id efficiet; cum pluralitas nihil conferre possit, ubi res in se non est apta nata ad effectum, ejusmodi producendum. 2. *l.1.h.* non dicit grave esse *geminatam* contractus fidem fallere, sed simpliciter, quod *grave sit fidem fallere*. 3. aperta contradictio est, causam hujus esse nudum pactum, & idem esse contractum nominatum, quamvis posteriùs etiam velit Bar. *in l.7. de pact.* Oldend.*class.4.art.8.nu.3.* Mantic.*de tac.& ambig.conf.l.19.t.1.* Licet enim hæc conventio nomen habeat, tamen contractus non est, quia ad hunc insuper requiritur certa contrahendi forma, quæ hîc deest, ut suprà notav. *ad Tit.de pact.* Proinde causa hujus actionis vera *est pactum constituti*: & ratio quare hoc producat actionem, *quod Prætor hoc faciat pactum vestitum*, sc. legitimum, dum specialiter ei assistit edicto suo, *(seu jure, lege Prætoria § 3. & 7.de j.n.g. & c.)* ob fidei, quam in se habet, exuberantiam, (quam non jus civile, sed Prætor, ut patet, attendit,) *arg.l.1.pr. & §.1.h.t.junct.l.6.de pact.* Conf. Mantic.*d.l.19.t.2.n.7. v.sertia.* Quemadmodum enim jure naturali nudum pactum producit obligationem & actionem: Ita & constitutum *ex Prætoris* edicto, qui jus naturale in hoc

A Præt. vestitum.

est secutus, Bach.*in not.h.& ad Tr.d.disp.23.th.7.lit.G.* Neque ad rem pertinet quod ex nudo pacto, cujusmodi est constitutum, nulla est actio? Et enim subinde fit in Rep. ut quæ generaliter & uno modo constituta sunt à primo legislatore (cujusmodi est quod dicitur in *l.7. §. 4. de pact.* nudum pactum jure civili non producere actionem) certis in casibus ac ratione circumstantiarum à secundo legislatore, qualis est Prætor, *arg.§.7.I.de j.n.g.& c.* aliter statuantur.

Differentia fidejussionis & constituti.

Plane consimilis) Verùm conveniunt fidejussio & constitutum saltim in genere, accessoriæ scil. conventionis: aliàs formaliter, differunt. Nam illa fit non nisi per stipulationem adeoque producit actionem nominatam, hoc autem est pactum legitimum, unde actio de pecuniâ constitutâ nudo consensu, ab absente etiam aliud pro alio constitui potest, quod fidejussio non admittit. Vid. Oldend.*d.art.8.pr.*

Quæ res veniant in hanc act.

Sed hæc postea) Ante Justin.sec.*l.2.C.h.t.* hâc actione tantùm res fungibiles petebantur, cæteræ per actionem receptitiam, qua sublatâ idem hanc actionem *ad res omnes* produxit, cujus tres rationes assignari possunt ex *d.l.2.* 1. quia si v.c. vinum, frumentum, sub pecunia continentur, possunt etiam sub eâ contineri res aliæ 2. quia omnes res possunt in pecuniam converti 3. quia veteres definiverunt omnes res pecuniæ nomine contineri. Sumitur itaque vocabulum pecuniæ latissimè, quod repetendum, ex not. suprà *ad n.2.de hered.pet.*

Explic.l. 11.§.1.h.

N. VIII. *Unde quod aut supra aut extra*) Intelligendum hoc est de quantitate debiti, sec.*l.11.§.1.h.t.* Nam constitutum plus loco & tempore continere potest *l.5 § f.l.4.t.* ubi Godofr. *in not.lit.p.* ita etiam plus potest esse in constituto quam in debito principali, si sc. plus illud ad cautionem obligationis referatur, non vero ad eam augendam.

Quare debitum merè civile non constituatur.

N. IX. *Jure duntaxat civili*) Merè civile debitum non posse constitui, constat ex cit.*l.3.§.1.h.t.* Ratio autem hujus non illa est, quod in constituto nudum pactum versetur, quale non sit civile debitum: sed quod debitum civile *jure Prætorio*, quo inductum est constitutum, sit non debitum: super non debito autem constitui non potest, *arg.l.1.§ 6.h.t.* Ratio rationis petenda est ex *l.1.h.t.* scil. quod debitum civile jure Prætorio non habeat exuberantiam illam fidei, quæ fovet constitutum, facitque ut obligationem producat & actionem *eodem jure Prætorio*. Conf. Godofr. *in d.l.3.§.1.h.lit.O.*

Constituens habet benefic. excussionis.

Teneberis) Sed Q. *An Constitutor s. constituens, h. e. qui pro alio constituit, conventus habeat beneficium excussionis s. ordinis?* Ratio dubitandi est, quod constitutor proprio nomine sit obligatus. Verùm cum nihilominus pro intercessore habeatur, *arg. N. 4.c.1 auth.præsente.C.de fidejuss.* quæ de omni genere intercedentium loquitur, & *l.fin.C.h.t.* in constituto etiam semper fiat relatio ad aliam obligationem, æquius est, ei si ante debitorem conveniatur, beneficium hoc non denegari. Exc. (1) nisi isti beneficio renunciaverit. (2) nisi se, non tantùm in eventum dilatæ solutionis, sed & proprio nomine, als ein selbstschuldner obligaverit. (3) nisi animo novandi constituerit h.e. nisi expromissor factus sit, *arg.l.18.h.t.* Gail.1.*obs.18.* Coler.*de process.exec.p.1.c.10.n.203.& n.161.& 167.* Ant.Fab.*in Cod.lib.8.t.27.def.1.* Hering. *de fidejussor.c.27.p.1.n.126.* Dn. Carpz. *in jurispr.for.p.2.c.18.d.2.* Hic enim suâ promissione liberat debitorem, solusque obligatus manet, *l.1.de novat.* non potest alicujus principalis debitoris, qui amplius nullus est, excussionem objicere, *l.19. C.de fidejuss.* Quomodo ad requisitionem D.C.I.B. in Coll.n. Jur. non ita pridem respondendum haud dubitavimus, verbis: ob wol J.B. die 1026. Thaler so sein Schwiegersohn E.S. dem Rahte daselbst schüldig/ vermüge einer obligation unter dato Michaelis anno 1615. vollzogen/ zubezalen constituiret/ und solche Schuld uff sich genommen. Dieweil jedoch darin außrücklich nicht enthalten/ daß gemelter S. dadurch der Schuld gänzlich erlassen/ und deswegen nicht mehr belanget werden solte: so mag desselben hinterlassene Tochter exceptione novationis sich nicht schützen.

Quale tēpus insit constituto.

N. XI. *Ut sine illo vix possit*) Ait omne constitutum fieri certo tempore s. die adjecto, *cit. l.21. § 1 h.t.* Finis enim constituti est, ut creditor s. constitutarius certus sit de tempore solutionis, *Bach.in not.h.* Quamvis autem hæc regulariter ita se habeant, tamen purè etiam constituitur, *pr.d.§.1.* quò facit, quod & constitutum ideò possit fieri ut aliud solvatur, quàm quod debetur, *l.1.§.5.h.t.junct.arg.l. .§ f.l.4.l.5.h.t.* Ex purè autem constituto debitor decem dies habet ad faciendam solutionem, *d.l.21.§.1.h.l.105.de solut.* secus ac in stipulatione, quia quod stipulanti promissum, statim potest exigi, *l.118.§.11.de V.O.*

An hæc act. aliqu. pœnalis.

N. XIII. *Non pœnam*) Nullo modo hanc actionem dici posse pœnalem adeò censet Bach. *h.* ut putet nec esse rationem dubitandi, ob quam videri possit hæc actio pœnalis. Verùm aperta ratio in contrariam extat *in l.1. §.6. h.t.* ubi dicitur, quod debitum ex quacunque causâ possit constitui: ergò etiam ex eo quod actione pœnali debetur: Indeque eum, qui injuriarum, furti vel vi bonorum raptorum tenetur actione, constituendo obligari, textus est *expr. in l.29. h.t.* Cui consequens, quod & actio constitutoria tum sit pœnalis; cum ad idem obligetur constituens, quod est in altero debito, vel ex natura correlationis, qua fit relatio ad subjectum, *arg. l.14. l.21. §.f. h.t.* Ubi itaque obligatio principalis est persecutoria, tunc demum & hæc actio talis est, secus si illa sit pœnalis. Actio enim hæc ut s. dictum, adjectitia est, & referens, ideoque principalium qualitates non potest non assumere, juxta principia ab iis quæ rebus accedunt, desumpta, Godofr. *in l.18. §.pen. h.t. lit. B.*

TITULUS VI. C. 4. 23.

Commodati vel contrà.

1. Continentia.

Quemadmodum Genus creditumque translato dominio ex mutuo aut quasi mutuo, per certi aliasque conditiones repetantur, supra dictum est: nunc videamus, quibus actionibus Species eædem, quarum usus tantum, non amisso dominio creditur est, repeti possint. Quo in genere prima occurrit actio Commodati, vel contra.

2. Commodatum unde & quid sit.

Commodatum dictum est, quasi cum modo, id est, certa forma præscriptoque utendi modo datum. Commodare enim nihil aliud est, quam rem ad aliquem usum certo modo determinatum utendam dare, eo animo ut postquam usus fuerit, eandem bona fide reddas. *fac. l.1. hoc tit. unde Paul lib. 2. tit. 4.*

3. Causa efficiens commodati.

Causa efficiens commodati est primo contrahentium Consensus: unde qui justum consensum præstare non possunt, nequaquam commodari tenentur, nisi quatenus facti sunt locupletiores, ut pupillus, furiosus, *L.1.§.final. l.2. l.3. hoc titul.* &c. Secundo, interventus rei: quo cum præcipue perficiatur, re contrahi commodatum dicitur. *§. item is Instit. quibus modis re contrah. oblig. ubi dixi & in Isagog.* nam & nomen ipsum indicat, Rei donationem requiri.

4. Materia, & quæ res commodari possint.

Materia circa quam, sunt res omnes tam mobiles quam soli, quæ in commodatum cadunt, *d. l.1. §.1. etiamsi sint alienæ l.*

commodare 15. hoc titul. exceptis iis quæ usu consumuntur, in quibus non commodatum, quod tantum usum, rerum salva substantia communicat, sed mutuum locum habet: nisi forte quis ad pompam vel ad ostentationem, exempli causa, pecuniam dicis gratia, id est, simulate sine voluntate abutendi, accipiat, tantum ut fucum ostentando faciat, & de eo aliquid, puta locupletem idoneumque esse hominem, dicatur, *l.3.§.fin. l.4. hoc tit.*

5. Forma & quid sit dicta causa commodatoria.

Forma commodati est, Rem utendam gratuito tradere, præscripto fine & modo usus, per tempus expressum, vel tacite intellectum.

6. Finis.

Causa finalis, Ut mutuis officiis alii alios adjuvemus, & communicato rerum usu, communibus vitæ necessitatibus in hac civili societate subveniatur. Ut enim res quarum usus in abusu est, per mutuum: ita quibus salva substantia uti licet, res commodato recte communicantur. Utrumque autem modo gratuito, *d. §. item is cui in fin. Instit. quib. mod. re contr. obl.*

7. Quinque differentiæ inter commodatum & mutuum.

Sed inter mutuum & commodatum interest. Primò, quod mutuum tantum in rebus fungibilibus, quæ pondere, numero, mensura constant, versatur: commodatum, in iis quæ utendo non consumuntur. Secundo, quod in mutuo transfertur dominium: *l.2.§ appellata. supra si cert. petatur.* rei vero commodatæ possessionem & proprietatem retineamus, *l. rei commodatæ. 8. cum l. seq. h. t.* jure Civili: nam Sax. possessio transire videtur, *Fachs. diff. 1. per Land. lib. 2. art. 60. Ret. d. diff. 16.* Tertio, rem mutuo damus, ut non eandem, sed aliam ejusdem generis consequamur: commodatam, ut eandem. Quarto, mutuum ad quemvis usum in genere datur: ut, utare fruare pro tuo arbitrio, sicut dominus: *l. in re mandata 21. C. mandati.* commodatum, ad certum præscriptumque usum, *l. in commodato. 17. §. sicut 3. h. t.* extra quem qui aliter utitur, furtum committit. *l.5.§. quinimo 6. h. t. § placuit. Instit. de oblig. quæ ex delicto.* Quinto, ei qui mutuum accipit, res perit, quia dominus est. *l. pignus. 9. C. de pign. act.* nec casu fortuito liberatur, *l. incendium. 11. C. si cert. petat. d. §. 1. item is cui.* Commodatarius vim majorem, quam Græci θεοῦ βίαν appellant, *l. si merces. 25. §. vis major. locat.* non præstat, nec interitum aut damnum rei casu fortuito accidens. *l. si ut certo § nunc videndum. 9. vers. quod vero l. eum qui 10. in princ. l. ad eos. 19. l. argentum. 20. l. fin. h. t.* dummodo non ipsius culpa casus intervenit.

8. Ad quam culpam & custodiam teneatur commodatarius.

Nam dolum & culpam, diligentiam & custodiam, qualem à vigilantissimo patrefamilias requirimus (quæ levissimæ culpæ opponitur) commodatarius præstat, *d. l. si ut certo. § nunc videndum §. usque adeo & §. penult. l. in rebus. 18. in princ. h. t.* Unde si res culpa ejus, vel abusu aut negligentia in casum interitus, aut damni incidat, tenetur, *d. l. si ut certo §. nunc videndum vers. quod vero d. l. eum qui § fin. cum l. seq. d. l. in reb. in princ. hoc tit.* Ideo autem levissima etiam culpa obligatur, & diligentiam ac custodiam præstare debet, cum quod ipsius gratia contractus initur. *d. l. si ut certo. § nunc videndum d. l. in reb. hoc tit.* (nam si commodantis causa dolum tantum præstabit, *d. l. si ut certo. § interdum d. l. eum qui. § 1.* velut in deposito: si utriusque dolum & culpam non custodiam, *d. l. in reb. in fin. princ.*), tum quia bona fide res illi creditur, tanquam diligentissimo attentoque patrifamilias, ut salva custodiat atque rei substantia utatur.

9. Actio commodati civilis oritur, quamvis prætor edictum proposuit: & quotuplex sit.

Ex hoc contractu oritur Actio commodati, quæ Civilis est, utpote ex contractu nominato, & Jure Civili recepto, originem habens: quamvis Prætor tamen Juris civilis causa etiam edictum proposuit, quo pollicetur se actione ex Jure civili daturum de commodato jus dicturum. Sic enim inquit: QUOD QUIS COMMODASSE DICETUR, DE EO JUDICIUM DABO. *l. 1. in prin. h. t.*

10. Cujusmodi sit actio directa: cui, adversus quem detur.

Est autem actio tam Directa, quam Contraria. Directa commodanti datur, adversus commodatarium, & ejus hæredem *l. in commodato. 5. si ex facto h. t.* qua usu in quem res data est, finito, commodans agit ut sibi ea salva & integra restituatur. Nam si deterior reddatur, reddi non videtur. *l. 3. § 1 h. t.* quo casu in litem jurabitur, ut in cæteris bonæ fidei judiciis: *d. l. 3. § in hac 2.* nec solum petitur res, sed etiam omnia Accessoria, & quicquid ex re fructus quocunque tempore utilitatisque obvenit. *d. l. si ut certo. §. usque ad eo.* Neque enim rem quæstui commodatario esse oportet, quia ejus periculo non est. *l. si ut quib. 1. h. t.*

11. Cujusmodi sit actio contraria: cui, ad quid detur.

Contraria actio commodatario datur ad petendum quod sua Interest, si res commodata ante usum expletum auferatur, *d. l. in commodato 17. §. sicut. in fin. l. rem meliorem 21. in princ. h. t.* aut vitio rei, quod vitium sciens celavit commodator, damnum fecerit: *d. l. in rebus. §. item qui sciens.* item ad petendos sumptus in rem commodatam factos, extra cibaria & modica impendia, quæ naturali ratione ad eum qui re utitur pertinent, *d. l. in reb. § possunt.* Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio qui convenitur, potest salvum habere jure compensationis: *d. l. in reb. vers. quod autem.* Nam cui damus actionem, ei multo magis exceptionem competere dicendum est. *l. 1. vers. nam cui damus. de superfic.*

OBSERVATA.

Commodati ambiguitas.

N. II. *Commodatum*) Accipitur 1. pro re commodata. 2. pro contractu. Et tum vel latissimè, pro concessione rei ad usum: quomodo & mutuum commodatum dici potest, *juxta not. ad t. de reb. cred. n. 13. & Ezech. 18. 8. Exod. 22. 14. Deut. 3. 20.* vel specialiter pro concessione ad modum certum utendi. Sic definitur Lessio *de I. & I. l. 2. c. 27. dub. 1. num. 4.* rei alicujus quoad solum usum gratuita concessio. Re-

Propriæ quid. Differentia a mutuo & aliis. Synonimias

ctius dicitur contractus, quo res ad certum usum gratis conceditur, finito illo in specie (numero) restituenda, §.2. *quib. mod. re contr. ob.* atque tunc differt à mutuo, precario & locatione, de quo late aguot Fr. Mantic. *de tac. & a. conv. l.9. t.1.* Steph. à S. Gregorio *de prac. jur. & inst. part. l.2. c.26.* Græcis hic contractus est χρῆσις commodatio, non à χράομαι utor, sed à χράω commodo, cujus & meminit Arist. 5. *Ethic.* 5. *in f.* & in Latina versione exprimitur voce Usuræ, rectius vero commodatio dicitur Giphanio & Camerario *ibid in not.* Affinitas ejus cum mutuo exinde est, quod eadem utriusque sit origo & qualitas (quare & nomina subinde confunduntur) cum nimirum *usum res nostra liberaliter alicui ad tempus largimur:* nec aliud interest, quàm quòd, sec. Physica princ. mutuum iis in rebus quæ usu consumuntur, consistit, ut vinum, oleum, pecunia; commodatum in his quæ salva substantia usum suum habent, ut sunt equus, annulus: Indeque juxta princ. agendum & hæc differentia est, quod mutuum non datur sine animo dominii transferendi; commodatum semper absque eo est.

Quando pupillus teneatur hac actione.

N. III. *Ut pupillus*) Convenitur quidem pupillus qui sine autoritate tutoris contraxit, ubi locupletior factus, hac actione; ea tamen tunc magis *dativa* est, quàm nativa. 1. Quia tenetur ex rescripto Divi Pii, *l.1. §.2. junct. l.3. pr. h.* jure planè singulari, propter obligationem, quæ subest, naturalem; 2. Quod non conveniat rationi juris, ex accidenti vires obligationis civilis metiri. 3. Quod D. Pius ita voluerit faventdum pupillo, ne tamen cum alterius injuria iniquum lucrum faciat, *l.5. de auth. tut.* ne quis contra moralia princ. cum alterius damno locupletior evadat, quæ ratio & in pupillo obtinet, Bachov. *ad Tr. d. D.24. th. 2. D. verb. etiam.* Attamen ubi is non factus locupletior (non usus est re commodata) ad exhibendum adversus eum detinentem agere potest commodans, ratione detentionis quæ est penes pupillum, & quia commodans mansit dominus, ut res exhibita vindicetur, non autem agere potest ratione contractus, qui nullus *d.5. 2. h.* Matth. Coldebac. *nucl. controv. de mater. contr. disp. de commod. th. 12. B.* Oldend. *cl.4. act.15. n.4.* Et verò justissima est hæc in negocio pupilli, an sit factus locupletior vel non, distinctio, probata rectè novissimè contra Sanchez & Lugonem Christophoro Haunoldo *disp. Theol. de contr. natur. art.6. n.21. add. obs. ad t. de pact. n. 5. verb. impuberes.*

An furiosus.

Furiosus) Rectè in hoc dissentit ab A. Bach. *in not.* Nam furiosus licet locupletior factus, hac actione conveniri non potest, 1. Quod consensus planè & simpliciter deficiat, *l.5. de R. I.* 2. Per *l.2. h. t.* ubi expressè dicitur, in furiosum non esse dandam actionem commodati. Agetur itaque & hoc casu ad exhibendum (actione dativa) & ratione possessionis s. detentionis, *l.2. h.* Joan. Azor *instit. moral. p.3. l.7. de commod. c.2.* Manuc. *d. l.9. t.3. nu.5.* Non placent quidem hæc Bachovii meæque notæ Joanni Andreæ Frommanno *de jure furiosi* §.22. *p.56.* propter *l.3. pr. h. t.* Sed respondeo, loquor de actione commodati nativâ. Hanc censeo non competere contra furiosum, *l.2. h.* Aliud est in actione dativâ, quæ non est Commodati, sed ex interpretatione, unde nec civilis actio dicitur ex contractu, sed utilis, ex æquitate & Rescripto D. Pii, non nasci, sed dari. *l.66. de solut. l.5. de aut. & consf. tut. l.13. §. f. l. 14. de cond. ind. l.8. l.10. de instit. act.* quæque consensum, quod e Wesenb. h. n. agit, requirit. Adeoque hæc dependere ex principiis Status legalis & illo loco quem Rhetores κατὰ διάνοιαν & Ratiocinationem seu Syllogismum vocant certissimum est; add. Grot. *de i. b. & p. l.2. c.26. junct. c.10. m. a. observ. t. de pact. nu.5. verb. impuberes in f.*

An commod. sit res incorporalis.

N. IV. *Res omnes*) Quæritur an & res incorporales? Affirmatur id unico casu *l.8. §.5. de precar.* quo commodatur servitus. Neque obstat *l.17. de praescript. verb.* quia ibi per usum gratuito concessæ habitationis, non rei incorporalis sed corporalis, ædium scil. usus concessus fuit, ut & in *l.1. h. t. in f.* ut contra Tr. rectè defendit Bachov. *th. 1. D. add. l.12. §.2. de usufr. l.15. §. 2. de precar. l.1. §.1. l.8. §.5. h.* Confer *d. l.1. in fin. h. t. l. 27. d. donat. ubi* Gothofr. Duar. *c.2. ad h. t.* Mantic. *d. l.1. 5. n.2. & seqq.* & Azorius *d. loc. c.4.* qui censet jurium in genere, & sic pensionum, annuorum redituum commodatum esse; Quod verum puto duntaxat voce commodati latissimè accepta, non autem jure civili & specialiter.

Res aliena quem veniat in commodatum & alios contractus.

Etiamsi sint aliena) Treutl. *d. th. 1. C.* admittit hic rem alienam propterea, quod usus tantùm transfertur per commodatum, *l.15. l.16. h. t. l.9. eod.* Verùm res aliena & in aliis negotiis venit, in quibus non quidem usus solum transfertur, sed præterea & jus excellentius conceditur, ut in empt. venditione, *l.25. §.1. de contr. empt.* Bachovius *ad Tr. d. l.* censet, commodatum rei alienæ hactenus sustineri, ut obligatio inter commodantem & commodatarium nascatur, ita, ut ille rem jure repetere, hic autem eo prætextu, quod res aliena sit, ejusmodi restitutionem recusare nequeat. Cæterum etsi & fur atque prædo commodare possint, *l.15. l.16. h.* ordinariè tamen domini tantum, vel qui jus habent dominio proximum, rem utendam concedunt; quod hi rem ita affectam habeant, ut vel substantia, aut accidentia & emulumenta ejus in ipsorum sint arbitrio, h. e. jus s. *potestatem aliquam ad rem* habeant. Steph. à S. Gregor. *d. c.26. n.5. arg. l.21. C. mand. t. Rhet. 5.* Rationem rationis exinde semper desumendam putavi, (1) Quidam contractus admittunt objectum rei alienæ, hactenus tamen, ut qui dedit eam, non satisfecisse dicatur obligationi, (2) Quidam eatenus, ut dans rei alienæ præstatione quoque satisfaciat. (3) Quidam rem alienam planè respuunt. Primi generis est contractus pignoris, *l.36. pr. & §.1. de pign. act. junct. l.22. §.2. d. 9. l.32.* obligatio ex testamento &c. quia ubi in his data res aliena, actio ex ipso contractu competit, nec conventio planè est inutilis, sed secundum quid sustinetur: Nam, ut rectè Bachov. *hic in fine.* si vel latuerit rem esse alienam, vel creditor ipse contentus fuerit, inter ipsos contrahentes, qui sibi quæstionem dominii referre non possunt, haud dubiè actio contractus locum habet; veluti si res aliena pignori data fuit, solutâ pecuniâ, debitor habet pignoratitiam directam, pro re data, quantumvis alienâ: quam & creditor omninò restituere tenetur. Si tamen hic resciverit rem esse alienam; quia securitatem, quæ finis pignoris, obtinere non potest, rectè certè solutum debitum agit pignoratitiâ contrariâ, ut res sibi alia oppignoretur *dd. ll.* Secundi generis est, emptio venditio: Nam rem alienam tradens venditor in tantum satisfecisse intelligitur obligationi, ut ejus rei nomine emptori nulla competat actio, nisi quando res actualiter est evicta, *l.3. l.18. l.24. C. de evict.* Mynsing. 1. *observ.* 56. Ratio est, quod venditor non præcise sit obligatus dare s. dominium rei venditæ transferre in emptorem, sed sufficiat præstare ipsi habere licere, *l.25. §. 1. de contrah. empt. l.30. §.1. de act. empt.* Ita etiam similiter rem alienam sciens in dotem dedit, repetere eam potest soluto matrimonio, quasi suam dedisset, fructus quoque pro proportione anni, quod divortium factum est, *l.11. sol. matr.* Eodemque pertinet, quod depositum, locatio, conductio, ut & commodatum possint esse rei alienæ, *l.31. depos. l.7. locat. conduct. l.15. l.16. h. t.* quod nec in his sit obligatio dandi, hoc est dominii transferendi. Tertii denique generis sunt contractus

isti,

illi, qui obligationem dandi habent, verbi causa do ut des, do ut facias &c. quia rei alienæ datione dominium non transfertur. Exindeque si constat in permutatione rem alienam esse datam, etiam antequam res evincatur, ; ; interesse agi potest, *arg. l. 1. §. 3. de rer. perm. l. 1. 6* ; *C. eod.* Idemque in stipulatione dandi obtinet *l. 75. §. f. de V. O.* ut proinde cum Bachov. *in not. hu.* qui hosce duos contractus ad primum genus refert, facere nequeamus. Idem est in mutuo, quod, ceu contractus dominii translativus, datione rei alienæ non contrahitur, *l. 2. §. 4. de reb. cred.* Sed quæritur hic potest, *an v. c. fur. jure naturali rectè commodet rem furtivam?* Negat Azorius *d. l. c. 4.* quod eam domino restituere eodem jure compellatur. Dixerim distinguendum, an domino commodatò det, an alii. Illi sic dare nequit, cui tenetur reddere; si vero dedit, à domino rectè retinetur. Huic commodare non prohibetur, quià licet *jus ad rem* non habet fur respectu domini, neque quoad alium; attamen quamdiu res ab eo non repetitur, potior ejus causa est ceu actu detinentis; *arg. l. 1. §. f. & l. 2. ut possid.* nec officit hoc domino, cui manet obstrictus ad reddendum, qui & à tali commodatario potest vindicare. Confer. *not. infr. ad tit. de rer. permut. num. 9.* & Bach, *in d. Not. h.*

An fur s. nat. possit commodatò dare rem furtivam?

N. VII. *Nam Saxonico possessio transire videtur*) In cit. text. juris Sax. dicitur, si commodatarius rem sibi commodatam tertio alicui vendat, aut quovis modo alienet, ipsum dominum commodantem nullam habere actionem, contra eum, in quem commodatæ rei alienatio facta est, sed oportere eum agere contra commodatarium. Hinc consequens est, idem jus velle quod in commodatarium dominium & possessio rei commodatæ transferatur, *arg. §. 41. I. de rer. divis.* Verùm hoc jus esse irrationabile ipsi commentatores juris Sax. agnoscunt, in primis Zobel. *in different. juris civ. & Sax. p. 2. diff. 32.* (1) Quia juxta naturam principiorum humanæ actionis, actus non potest operari contra intentionem agentium, at in commodato non hoc agitur, ut dominium transferatur vel possessio, *§. 5. I. de interd. l. 8. 9. h. t.* Quod etiam juri omnium gentium convenit: ideoque rectè Fillius. *tr. 34. c. 8. num. 176.* conditionem commodati substantialem vocat quod dominium maneat commodantis, & sequuntur Steph. à S. Gregor. *d. tr. l. 2. c. 27. n. 2.* Honorat. Leotard. *de usur. q. 34. nu. 16.* (2) Exinde sequeretur commodantem dominum non posse rem eam repetere à tertio, in quem illa alienata, contra princ. nat. & civilia, *l. 23. de R. V.* (3) Casum fortuitum in hoc contractu pertinere ad commodatarium: quæ omnia apertam fovent absurditatem. Bach. *in not.* putat, in hoc non esse differentiam inter jus commune & Saxonicum, & corporalem possessionem, quæ aliàs in specie detentio vocatur, aliquando venire nomine possessionis, eandemque linguæ germanicæ esse posse rationem. Verùm (1) apertè satis inter jus utrumque differentia est. (2) Possidere aliquando idem est, quod detinere, *arg. l. 9. de R. V.* & passim, ut & Germanice besitzen / cum in lingua vernacula quoque detentionem in specie sic dictam exprimat. Attamen jus Sax. *d. l.* ne quidem utitur verbo possessionis. Vult Matth. Coler. *in decis. Germ. p. 1. decis. 7. num. 7.* textum juris Saxon. cum mica salis accipiendum, & verùm esse, quod vero domino non detur vindicatio rei suæ à commodatario in alium translatæ, quatenus sc. ille tertius est in bona fide. Sed nec hoc rationi convenit. (1) Quia licet ille tertius sit in b. f. tamen non potest in ipsum transferri dominium, cum commodatarius habeat m. f. & nemo possit dominium & possessionem transferre qui ipse non habet, §. 41. *I. de rer. div. l. 20. de A. R. D.* (2) Verum dominium manet & tunc apud commodantem. Ergo vindicare potest, *l. 23. de V. R.* Proinde rectiùs alii hic juris absurditatem confitentur, & dicunt illud in praxi non observari. Ita enim inquit Zobel. *d. diff. n. 14.* Ob wol in prima differentia angezeiget wird / das Jure Sax. art. 60. lib. 2. diesfals in commodato das Eigenthumb sol verlohren seyn / und der Herr des commodierten Gutes sich alleine actione personali an den commodatarium ratione interesse halten / und sein Gut anzusprechen nicht befuget seyn sol. So halten doch die Schöppenstühle in dieser meinung / das in practica uff dieses unbillige Recht nicht zusprechen. Cæterum juri Sax. videtur simile Statutum Lubecccense *l. 3. t. 2. art. 2.* & Hamburgense *l. 2. p. 2. art. 7. vers.* welcher man. quibus commodatarii rem commodatam alienantes, domino contra illum in quem alienata fuit, actio nulla datur, sed tantum personalis contra commodatarium. Et extenditur hoc ad omnes contractus similes commodati, per quos accipiens aliquid juris & potestatis nanciscitur, ut sunt precarium, mandatum vendendi re traditâ, & sic deinceps. Defenduntur tamen hæc ex principiis justi, utputo extraordinariis, in hypothesi & jure commerciorum: (1) quia si rei vindicatio daretur, ut jure communi, illi qui commodaverat, timida & incerta semper foret inter mercatores mercium acceptio: (2) inquisitio originis contractus multas pareret difficultates: quod ne fiat publicè interest propter commerciorum utilitatem. Ita Dn. Mevius *ad jus Lubec. d. art. 2. per tot.*

Detegitur iniquitas juris Sax. in commodati possessione & dominio transferendo.

Resp. Bachovio dissentit.

Colero.

Dummodo non ipsius culpa) Exponit hic Bachov. *in not.* præstationem damnorum in contractibus, fortè ideo, quod sedes hujus materiæ sit in *l. 5. §. 2. h. t.* ubi tres regulæ habentur. Distinguenda hic inprimis duo veniunt: (1) præstatio damnorum ex delictis: (2) præstatio eorum ex contractibus. In his distinguendum iterum est inter præstationes doli, culparum, & casus fortuiti, *d. l. 5. §. 2. 5. Ethicor. 10. 1. Rhet. 13.* Quæ quidem à principiis agentium ex potentiis hominum desumptis, partim Oeconomicis, dependent, & natura negotii quod agitur, nec non ex loco Legalis Status, illo qui dicitur scripti & sententiæ atque Ratiocinationis. Atque quæ fiunt malè constante memoriâ, scienter & sponte, *dolo* fieri dicuntur, *l. 1. §. 2. de dol. l. 11. §. 2. de pæn. l. ult. §. 1. de incend. in ruin.* ..., consultò & improbè, *d. 5. Eth. 10.* Quæ involuntariè, per ignorantiam, oblivionem, παραλόγως i. e. præter id quod expectari potest, casu fortuito, qui Græcis ἀτύχημα infortunium, *d. 5. Eth. 10.* Inter quæ media interjecta, quæ neque omnino dolo fiunt, neque casu fortuito, *culpa* fieri dicuntur, (Græcis ἁμάρτημα dicitur) sive latâ, (ut opponitur diligentiæ communi omnium hominum *l. 223. de V. S.*) quæ ad dolum proximè accedit, sive levissimâ, (ut opponitur exactissimæ diligentiæ, quæ est diligentissimi patrisfam. in rebus suis, *l. 18. pr. h.*) quæ ad casum; sive levi, (ut opponitur diligentiæ quæ est hominis magis exculti in rebus suis *§. ult. I. de societ.*) quæ media. Et quoad culpas porro inter contractus b. f. & stricti juris distingui debet. Ad culpæ præstationem in contractibus b. f. pertinent tres regulæ *d. l. 5. §. 2.* quæ tamen, ut rem apertius explicent, ita sunt informandæ, & supplendæ, secundum Bartol. *l. 32. n. 30. & seqq. de pos.* & Bald. in *l. qua fortuitis. nu. 54. & seqq. C. de pign. act.* Prima est: in quo contractu versatur solius dantis (*h. e. ejus qui obligat sibi alterum initio, habetque actionem directam, ut in deposito deponens, in neg. gestione is, cujus negotia geruntur*), utilitas, in eo accipiens (*h. e. qui obligatur alteri ab initio, & actionem habet contrariam, v. g. gestor in negotiorum gestione*) obliga-

Præstatio damnorũ in hoc & aliis contractibus.

Horum principia.

1. Reg.

obligatur, ad latam culpam, dans verò ad omnem culpam præstandam. Hæc verò locum habet in deposito, exceptionem autem patitur in mandato, tutelæ & curæ administratione & negotiorum gestione, ut suis locis dicemus. Secunda: *in quo solius accipientis versatur utilitas, in eo accipiens obligatur ad præstandam etiam levissimam culpam: dans autem accipienti tenetur solum de lata culpa.* Et hæc in commodato ubtinet, non verò in precario. Tertia: *in quo utriusque contrahentis utilitas, in eo contrahentes sibi invicem levem culpam præstant.* Hæc obtinet in emptione venditione, societate, locat. conductione, contractu Emphyt. feudali, pignoris, in rei & hæreditatis communione, permutatione, dotis datione. Circa casum fortuitum facienda est regula ex *l.23. de R.I.* hæc: *casus fortuitus in nullo b.f. contractu præstatur:* Ab hac excipiuntur tres casus (1) si dolus vel culpa causam dedit casui fortuito, *l. 5. §. 4. h. t.* (2) si mora præcessit, *l. 12. §. 3. depos.* (3) si res æstimatò data est, emptionis causa, *d.l.5. §.3.h.t.l.5.l.10. C.de jur. dot.l. 10.pr.l.16.l.18. ff. eod.* Videatur de nobili hac materia atque regulis *ex ipsa justitia συναλλακτικῇ* depromptis, (quibus *gemina etiam apud gentes alias* reperiri testatur Grot. *l.2.de j.b.& p. c.12. n.13.*) post Bart. *in d.l.32 depos.* Bald. *in d.l.quæ fortuitus.* Cæsius Bargalius *tract.de dolo lib.5.c.1.2.3.& 4.* Del-Rio, Bocer. Rittershusius, Johan. Gryphiander *œcon. leg.l.2. c.11.& 12.* & alii, nunc quoque Jacob. Gothofr. *ad l. contractus. de R.I.* Medices & Befold. *toto tr. de casibus fortuitis.* Mantic. *d.l.9. t.2.* & novissime Joh. de Lugo *disp.8.sect.9.* Hic, quod diximus, commodatarium præstare culpam levissimam, regulariter obtinet & ex natura contractus; quia ordinariè ejus qui commodatò rogat, tantùm est utilitas, ergo æquum, illum in re asservanda & restituenda fungi diligentissimi patrisf. officio debere, ut summa diligentia summæ utilitati respondeat, quæ exactissima diligentia dicitur exacta in *§.2.quib.mod.re contr.obl.* ratione subjectæ materiæ, commodanti sc. Joach. Hopper. *ad d.§.2.n.8.add.l.5.§.2. l.18.h.* Exceptio est ex circumstantiis dependens, 1. si commodantis est utilitas, ubi præstatur tantum dolus & lata culpa, *l. 5. §.10.l.12. eod.* 2. ubi utilitas utriusque, & obligatur commodatarius ad culpam levem, *l.8.h.t.* Casus fortuitus hic est commodantis, ut domini, *l.5. §.4.7.l. 12.§.1.l.20.eod t.* Excipitur 1. si commodatarius culpa (vel levissima) casui causam dederit, *d.l.5. §.7.h.* 2. si in damno fatali, cum posset res commodatas salvas facere, suas prætulit, *d.l.5.§.4.in f.* Idque licet res propria fuerit pretiosior, commodata autem vilior. Nam majorem in rebus alienis quam propriis adhibere commodatarius debet, *l.18.pr.h.§.2.quib.mod.re contr.obl.* Alii verò casu (qui in naufragio, incendio, ruina accidit) distinguendum censent, an *res commodata sit pretiosior* re propria, an non, h.e. sit vilior vel æqualis. Primo casu res commodantis præferendas volunt, juxta *d.§.4.* 1. quia quisque tenetur ad eam custodiam quam propriis reb. adhiberet, in commodato, in rebus suis, *l.18. pr.h.* quisque etiam salvaret res suas pretiosas relictis vilioribus. 2. quia præsumitur contra eum dolus qui in communi periculo res tantùm suas liberavit, *arg.l.31. depos.c.bona fides. x.eod.* Atque ita sentiunt quoque Gl. Br. Salyc. *in.l.5.§.4.h.* facitque pro eodem *l.6.f.de servit.l.4.de præscr. verb.* Altero casu, si *res propriæ sint pretiosiores,* censent eas præferri posse, nec commodatarium teneri de casu; quia in communi periculo nemo obligatur subire damnum majus, ut avertat alterius damnum minus; & quoniam diligentissimus in rebus suis paterf. (qualis esse debet commodatarius *d.l.18.*) præferret suas pretiosiores. Si vero res propriæ reb. commodantis sint *æquales,* hæ illis ob promissam in iis diligentiam exactissimam, videntur præferendæ, aliàs commodatarius ob casum tenebitur, *d.§.* Ita quidem Lessius *l.2.c.27.d.6.* a cujus sententia dissentit nonnihil Johan. de Lugo *disp.8. sect.8.* add. Zœsium, qui itidem secundo casu nonnihil alienior apparet *n. 12. h. t., vers. verum cum limitatione.* Cæterum anne his contrariatur jus divinum, *Exod.22.14.* quo commodatarius ad æstimationem tenetur rei commodatæ perditæ, domino non præsente? Ita equidem videtur. Dicunt tamen alii, etsi dominus abfuerit, commodatarium tamen non teneri de casu; quia juxta *v.10.* si juramento se purgaverit, absolvi potest, quo, si teneretur simpliciter, non esset opus. Et vel ex præscripto usus fuit, vel non: illic propter casum non obligabitur, si extra culpam est, hic verò maximè, *d.v.* quod casus causa fuerit. Si præsens fuit dominus, multo minus tenebitur, poterat enim & iste diligentiam adhibere, v. c. in communi amico ad cœnam invitato & in id commodato argento. Adeoque hæc conveniunt cum jure Romano, non pugnant. Vid. & *l.18.l.5.§.4.h.t.* & Grot. in annot. *ad Exod.22.v.9 & 19.* Addi his potest exceptio 3. si v. c. argentum commodatum perferrendum ad commodatorem dederim servo inidoneo culpâ meâ, vel levissimâ; tum enim intercepto ab aliis argento, teneor de casu, *l.20.h.t.* Si ipse dominus ad hoc servum destinaverit, ipsius periculum est. Add. post Molin. Fillucium *tr.34.c.8 n.187.*

Præstatur hic leviss. culp.

Non casus.

Excepi. 1. 2.

Excep. 3.

N. X. *Adversus commodatarium)* Etiam duos, qui simul in solidum acceperunt, ita tamen, ut unius solutione alter liberetur, *l.5.§.f.h.t.* Sed quæritur, *si res perierit utriusque culpâ, an singuli in solidum teneantur, an verò quilibet pro sua portione?* Prius affirmatur per, *d.§. f.* Nec obest, quod res commodata ad plures in solidum non possit pervenire. Nam hoc, secundum Bart. *in d.§. ult.* quidem verum est, quoad obligationem primitivam, quæ initio ad rei restitutionem contrahitur, cujus ratione quilibet pro parte tenetur, *l.3.§.3.h.* Secus autem est in obligatione secundaria, quæ contrahitur ex post facto, ratione doli vel culpæ, ubi quilibet tenetur in solidum, quia pro parte non potest delinqui, *arg.d.l.5.§ ult.h.t.* Nec obstat *l.21.§.f.h.t.* Nam ibi commodans non singulorum fidem erat secutus, sed amborum simul, tunc enim actio commodati non datur adversus unum in solidum, sed adversus duos pro cujusque parte. Confer. Bach. *ad Tr. D.24.th.2.C.* Dn. Richter. *p.2. consf.27.n.14.*

Datur hæc actio contra plures in solidum.

Obligatio hic primit. & secund.

Nam si deterior reddatur) Quæstio est, *deteriore reddita re commodatâ, an commodatarius teneatur præstare æstimationem rei integræ, an verò pretium deteriorationis solvendo liberetur?* Distingu. vel (1) gravior deterioratio est; & æstimatio rei integræ præstari debet: vel (2) non magna est deterioratio: &, modò commodatarius paratus sit pretium deteriorationis solvere, commodans rem suam recipere tenetur, *arg.l.3.§.1.h.t.* Treutl. *d.D.24.th.2.F.* Schneidvv. *ad §.item 15.n.19.I. Quib. mod. re contrah. oblig.* vel (3) commodatarius omnino perdidit rem sibi commodatam, & tum æstimationem solvere tenetur, *arg.l.3.§.2.h.t.* vide Per Nicol. Mozzium *de commodat. c. de rebus quæ possunt commod. nu.9.* Quod si autem ob rem perditam commodatarius æstimationem præstiterit, & res postmodum in potestatem commodantis pervenerit, commodatarius potest agere condictione sine causa, ut reddatur quod datum est; quod nunc sine causa esse incipiat apud commodantem; vel tituli rei vindicatione, sc. propter æstimationem litis, quam præstitit commodatarius, *l.63. in f. de R.V.* Sed quæritur, cujusnam sit electio inter rem & æstimationem?

Quomodo restitutio facienda ubi res deterior reddita.

Gothofr.

Gothofr. *in l.12. §. ult. h.* censet electionem habere commodatarium, propter actionum, quam habet, electionem, consule Oldendorp. *class.4. act.15. in affin. remed. n.7.* Treutl. *d. disp* 24. *th.4. lit. D. in f.*

Ante usũ finitum an commod. repeti possit.

N. XI. *Ante usum expletum*) Elegantis quæstionis est, *an commodatum ante finitum tempus repetere liceat?* Autor negat simpliciter. Quod verum quidem sec. principia rectæ justitiæ videtur, *l.17. §.3. h.t.* Sicque intelligendus Robertus Scharockius *de offic. sec. jus naturæ*, huncce contractum rectè collocans ad præceptum de fide servandâ, *pag. m.223. & in ult. seqq. præcipuè p.244. & seq.* Sed distinguitur rectiùs & plenius ratione circumstantiarum ex facto & *natura Conjecturalis status* dependentium ratione Voluntatis & Potestatis agentium, an commodans postea illo opus habeat, an non. Illo casu vel prævidit hoc, & revocare nequit, quia censetur illud incommodum subire voluisse in gratiam commodatarii. Vel non prævidit, & revocare potest.

An jure natur.

Jure naturali, *quod commodans in contractu hoc gratuito non præsumatur adeo liberalis fuisse, ut officeret propriis necessitatibus, secus ac in contractu oneroso: & exemplo donationis, quæ ob natam postea prolem revocari potest: quod donans de ea non cogitavit, adeoque actus ultra quam cogitatum, extendi nequeat, arg. l.55. de O. & A. l. si unquam. C. de revoc. don.* Unde semper subest tacita conditio, nisi commodator ipsemet indigeat. Atque hæc vera sunt juxta principia justitiæ temperatæ. Justitia enim suum cuique ita tribuit, ne distrahatur ab alterius justiori petitione, *arg. l.32. depos.* & jus est justo melius, *5. Eth.14.* Less. *l.2. c.27. d.5. num.20.* ac quisque magis sibi quàm alteri obligatur & carius existit *c. si cum lic. et.23. q.5.* Steph. à S. Gregor. *d. c.26. n.1. in f.* de Castill. *de I. & I. l.2. tr.7. d.1. n.5.* Zœs. *h.t. n.20.* Jure autem positivo revocare licet exemplo locatoris, qui si ipse indiget domo locata, conductorem potest expellere, *l.3. C. de loc. cond.* Hoc enim, Tò *expellere posse*, ibi non ex jure nat. sed positivo est, *Molina disp.499. §. secundo. Lessius c.24. dub.6. nu.34. de Lugo disp.33. sect.2. n.10.* propterea, quod merces intercedat. Altero denique casu, ubi commodans ipse non indiget, repetere ante usum finitum non potest, *l.17. §.3. h.t.* jus enim ad rem ex contractu habet commodatarius, quod ipsi ante tempus, contra principia justitiæ non eripiendum, *§. pen. de l. & l.*

Ob vitiũ ignoratũ non tenetur commodatarius.

N. XII. *Quod vitium sciens (c) erit*) Quæritur, *an si ignoravit rei vitium commodans, nihilominus exinde teneatur actione contraria?* Et de dolo quidem res expedita est, *per l.18. §. pen. h.t.* Sed & de eo qui lata culpa rem vitiosam commodavit, idem affirmat Bach. *d. th. 4. C.* quod lata culpa dolo æquiparetur, per interpretationem, & satis habeatur pro sciente, qui in lata culpa est. Verùm videtur hæc sententia parum habere æquitatis: Quia qui ignorans dedit rem vitiosam, propterea excusandus venit, quod circa doli interpretationem nos oporteat remissius versari. Nec obstat, latam culpam dolo æquiparari; quia hoc verum maximè in eo, qui tenetur aliquid præstare ex contractu, unde ipse etiam utilitatem habet; iniquum autem videtur hoc casu, ubi vitium ignoravit commodatarius, ipsi gratis concedenti *l.17. §.3. h. arg. l 6. §.5. de act. empt.* officium suum damnosum esse debere, cum & commodatarius in rei commodatæ bonitatem potuisset diligenter inquirere. Vid. *Tr d. th.4. lit. C.* Honorat. Leotard. *de usur. q.99. num.75.* ubi in locatione & emptione sec. *l.19. §.1. loc. & l.6. § si ven. de act. empt.* aliud esse dicit, quia cum emptori vel conductori pretium absit vel merces, nullum is à venditore vel locatore beneficium accipit, cum beneficio contraria sit merces, *l.1. §.1. mandat.* At, pergit Leotardus, commodatum, ut verbis Cujacii utar, gratuitum est, & species beneficii. Proinde commodatarius æqui boni consulere debet beneficium quod accepit ab eo, qui aliud contulit in eum b.f. bonoque animo, nesciens subesse vitium, etiamsi aliter se habuerit.

TITULUS VII. *C.4.24.*

De Pignoraticia actione, vel contrà.

1\. *Unde dictũ pignus, & quare hæc pignoratitia appellatur actio: & quid pignus ab hypotheca distet.*

PErtinet hæc etiam pignoratitia actio, qua pignus repetitur. Pignus à pugno appellatur: quia res quæ pignori dantur, manu traduntur, *l. pleb. 238 §. pignus de verbor. signif.* Unde proprie in mobilibus, & quarum possessio ad creditorem transit, consistit. *§. item Serviana in fin. Inst. de actio l. si rem. 9. hoc tit.* recteque hæc actio Pignoratitia, non Hypothecaria dicitur, cum pro pignore quod creditori traditum est, repetendo solum competat: non ad hypothecam petendam, quæ nequaquam transit ad creditorem, sed manet ipsum penes debitorem, ut soluto debito, hac actione non sit opus, quando petere nequeat debitor quod apud se habet. *c. sic itaque Inst de actio.* Quanquam quod ad Hypothecariam actionem attinet, quæ creditori datur ad rem sibi obligatam, tantisper dum debetur persequendam, nihil inter pignus & hypothecam interest, *l.5. §. ult inf. de pign. d. § item Serviana. vers. inter pign.* Sive enim res mobilis, sive soli sit oppignorata, petæque jus pignoris persequi potest. *vide inf. de pign. Perra. in for. hypot. actio.*

2\. *Quid sit pignus.*

Pignus autem est, quod datur in securitatem rei creditæ, ut creditor obligatum illud habeat, donec quod debetur sit exolutum. Græci Hypothecam vocant, quasi rem obligationi suppositam.

3\. *Causa efficiens: & quomodo contrahatur.*

Causa efficiens pignoris, est aut Voluntas hominum, aut Lex, aut Magistratus. Voluntate constituitur pignus, aut Expressa, aut Tacita. Expressa quidem voluntate, vel Duorum, ut pacto. Nec enim solum traditione, sed etiam nuda conventione pignus contrahitur: *d. l c in princ. h tit l justo. 44 § non mutat. de usuc.* qua contractus est nominatus, *l 1 § si sup de pactis.* quod genus consensu nudo obligationem producit. *d. t. in fin. de rer. permut.* vel etiam unius, ut testamento, cum testator alicui prædia sua obligat. *l. non est mirum 26. h t. l. fundus. 9 l. Gajus. 12. de annu. lega.* Tacita voluntate similiter vel Plurium, ut ex pacto tacito & præsumpto, *l. 4. in princ. sup. de pact.* vel Unius voluntate testatoris, qui res suas legatariis tacitè obligare creditur, *l.1. C. comm. de leg. ex v. ib. ex eius voluntate.* Lege introducuntur variis in speciebus pignora, ut dotis causa. *l unic §. & ut plenius. C. de rei uxor. actio.* favore pupilli, *l. pro officio 20. C. de administ. tuto l ult. inf. in quib. caus. pignus, &c.* fisci *l satis notum. 4. C. in quibus cau. pig.* relectionis, &c *l 1. inf. in quib. caus. pign.* Prætor vel Magistratus pignus constituit, cum vice cautionis, ut loquitur J.C. *l. si finita 15 §. si quis damni. de dam. inf. vide de hoc Cujac. obser. lib.5. cap.30.* ex quacunque causa in Bonorum possessionem aliquem mittit *l. non est mirum. 26 h t l si & jure 10. inf. qui potio. in pigno.*

4\. *Species pignorum causis distinguuntur.*

Est igitur pignus aut Voluntarium, aut Necessarium: illud aut Expressum, aut Tacitum: hoc aut Legale, aut Prætorium.

5\. *Materia, quæ res pignorari possunt.*

Materia in qua pignus constituitur, sunt res omnes, tam mobiles quam soli, etiam nomina quæ pignori obligari possunt, dummodo pertineant ad obligantem *l tutor. 26. §. fin. cum l. seq. h t.* Nam res aliena, nisi volente aut ratum habente domino, obligari nequit. *l. aliena. 20. h. tit. tot tit. C si res aliena, &c.* Causa formalis, est ipsa conventionis & traditionis forma, vel obligationis testamento aut authoritate legis Magistratusve inductæ modus.

6\. *Forma & finis.*

Causa finalis, ut creditorem de credito faciamus securum datis pignoribus, quibus tutius est incumbere quam personæ. *l. plus cautionis. 25. de reg. jur.* Hac igitur pignoris obligatione durante, durat actio Serviana & quasi Serviana, id est, Hypothecaria, qua creditor pignus suum persequitur. Soluto vero debito solutaque pignoris obligatione, competit actio Pignoratitia: debitori Directa, creditori vero Contraria: de quibus duabus actionibus hoc in tit. agitur.

7\. *Directa actio pignor.*

DIRECTA est, qua debitor, qui rem pignori opposuit, solutus

raticia qualis sit: cui quando, adversus quem: ad quid detur.

soluta pecunia agit adversus creditorem, ut rem reddat, & damnum in ea dolo culpave ejus datum, resarciat. Quamvis enim sublata sit pignoris obligatio per solutionem: tamen re ipsa obligatus est creditor ad restituendum, quoniam res aliena sine causa apud ipsum invenitur exoluto debito. *§. fin Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Licet enim supra diximus consensu contrahi, re tamen quam accepit creditor ad restituendum obligatur, quæ obligatio separata est a pignoris jure. Dico Dari illi qui rem pignori opposuit, & quidem etiamsi res sit aliena, *l. si rem 9. §. pen. h. t.* quæ vel a prædone fuerit oppignorata. *l. si pignor. 22. §. si prædo h. tit.* Est enim personalis actio, *Marant tract. judic. part. 4. dist. 3. num. 7. gloss. in l. nec creditores 9. ad verb. long. C. de pign. actio. Bald. in c. 1. in prin. de feud. dat. in vic. leg. com.* quæ datur propter obligationem, inter dantem accipientemque contractam. Addo, Soluta pecunia, quia omnis pecunia exoluta esse debet, aut eo nomine voluntati creditoris satisfactum, ut nascatur Pignoratitia actio, *d. l. si rem. 9. § omnis. l. quod si. l. solutum. l. eleganter. 24. §. 1. l. si pecuniam. 33. h. t.* aut certe per creditorem stetisse quo minus pecunia solvatur. *l. alienam 20. §. 2. h. t.* Veruntamen qui ante solutionem agit Pignoratitia, licet non recte agat, tamen si offerat in judicio pecuniam debet & rem pignoratam, & quod sua interest, consequi. *d. l. si rem. §. fin.* Sed & necdum soluta pecunia agi interdum potest, si forte re abutatur creditor, & dolo debitorem impediat, quo minus jure suo utiquear. Quo casu in id quod interest agetur. *l. si in prin. vers. operam. h. t.* Agitur autem adversus creditorem, quicum est contractum, & qui pignus possidet, *l. si debit. 12. vers. credit. h. tit.* aut ejus hæredem: non autem adversus alium rei possessorem, *l. potenti. 27. h. tit. l. fin. C. de distract. pignor.* quanquam jure Pontificio etiam in tertium possessorem, ex æquitate dari, receptum est, *c. cum constet de pigno. ubi Innoc. Bald. in d. c. 1.* Et in hoc agitur, ut res restituatur. *l. debitor. 40. §. fin. h. t.* una cum fructibus quos creditor non lucratur, sed vel restituere volente debitore cogitur, vel imputare in sortem: *d. l. si pignore § si prædo. l. 1. C. de distr. pignor. l. si dominium. 9. C. de pign. vide infr. de distract. pign.* & præstatione damni quod creditor in re pignorata, dolo vel culpa dedit. *l. si rem alienam 9 § ult. l. si servus. 25 h. t. l. pignoris. 10. C. eod.*

8. Contraria actio qualis sit, cui, quando, adversus quem, ad quid detur.

Dolum enim & Culpam creditor præstare debet, item Custodiam, propemodum ut in commodato. Nam ut vigilantissimi patrisfamilias diligentiam rei commodatæ adhibere commodatarium oportet, quia ejus gratia contrahitur: ita creditor, cujus potissimum causa pignus constituitur, nempe uti securus sit, non liberatur, si perinde in pignoris versetur cura atque in rebus suis: sed ea quæ diligens paterfamilias præstare solet, ab illo exiguntur, *l. si cum venderet 13. § fin. cum ll. seqq. l. si pignore. 22 § fin. l. si servus. 25 h. tit. vide in §. ult. Instit. quib. mod. re contr. obl.* Vim tamen majorem, & Casum non præstat: custodia enim adversus vim parum proficit. *l. si ea res 31 inf. de act. empt.* Itaque ad dominum rei periculum pertinebit. *l. quæ e atuario 30. l. fin. §. fin. h. t. l. pignus 8 C. eod.* nisi debitor culpa creditoris eam periisse probare possit: *vide glo. & Dd. in l. 4. C. eod. Bart. in l. si quis ex argentar. 7. §. an vero de eden.* quod tamen jure Sax. pauld aliter obtinet. *Sachs. diff. 5. per art. 5. lib. 3. Renov. dif. 17.* Quin & peti potest ut repromittat creditor, rem ejus dolo non factam deteriorem, & talem restitui, qualis tempore obligationis fuit. *l. creditor 15. h. t.* Quod si venditum sit pignus, ut utendi cessante in solutione debitore potest, *l. si convenit. 4. h. t.* agitur, ut residuum pretii cum usuris creditor restituat. *l. eleganter. 24. § si vendiderit in fin. l. creditor. 42. h. t.*

CONTRARIA pignoratitia datur creditori, qui in conventione pignoris deceptus est, aut quid damni sumptusve ejus rei gratia fecit. Ut si æs pro auro, ab affirmante autem esse, pignori oppositum sit: *l. 1. in fi. l. si quis 36. h. t.* aut res aliena, *l. si rem. 9. l. cum debitore 32. h. t.* aut alio vitio laborans, ut inutile creditori pignus existat: *l. aut. 36 §. 1. h. t.* vel si falsa solutionis spe ostensa, pignus debitor recuperarit. *l. 3. h. t.* Si denique maliciose in pignore versatus sit, *d. l. si rem.* si creditor necessarias impensas fecit, *l. si necessaria. 8. l. si servum 25 h. t.* ac in similibus casibus: *l. si pignore 22 § penult. cum ll. seqq. h. t.* in quibus æquitas suadet indemnem creditorem præstari. *l. si servus 31 h. t.* Unde & illud placuit, si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverat hæres extitero, ex post facto pignus non convalescere, & quia non convalescit, persecutionem denegandam esse creditori: cui quomodo, Hypothecaria detur, non consistente ejus obligatione? Nec enim sufficit ad pignus constituendum, eundem nunc esse dominum qui etiam pecuniam debet: sed præterea requiritur, eundem esse, qui pignus contraxerit: quem creditori agenti certum est improbe resistere, dicendo rem alienam fuisse obligatam, cum ex suo mendacio, qui rem alienam pro suo dedit arguatur. *l. si rem alienam. 41. h. t.* quare fraudem allleganti proprium prodesse id non oportet. *L. transactione. 26. C. de transact. l. mercalem 5. C. de condict. ob turpem caus. sam.* Atqui in proposita facti specie illa fraus objici non potest ei qui rem non obligavit. Persecutio igitur pignoris, non datur hoc casu creditori, quia pignus directo non convalescit *l. rem alienam 41. h. t.* Utilis tamen pignoratitia Contraria dabitur, ut in hæredem creditor agat, (sicuti & adversus defunctum, qui rem alienam obligasset, agere poterat) ut a defuncto obligatam sibi rem nexu teneri patiatur, cum defuncti facta præstare & approbare debeat *l. cum à matre 14 C. de rei vendicat.* Eoque modo per indirectum convalescit pignus, coacto hærede pignoris constitutionem a testatore factam, ratificare. Atque ita accipiendum est quod dicitur in l. si Titio, 22. infra de pignor.

9. Quare in quibusdam contractib. utrinque æqualis, in nonnullis directa & contraria actiones nascantur.

Dubitet porro hic aliquis, quare ex hoc & superiore contractu dispares oriantur actiones: cum ex reliquis obligationibus, ut empto, vendito, locato, conducto, æqualiter utrinque existat actio. Id hac ex regula dijudicari potest. Quotiescunque par est utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio, toties utrinque par & æqualis nascitur actio: quando vero potior est alterutrius causa, in quem præcipuus contractus finis respiciat, & ad quem maxime totum negotium refertur, hoc casu solet huic tanquam principali, præcipua & Directa dari actio, alteri vero Contraria: ut in commodato, pignore, mandato, negotiis gestis, deposito, tutela. *§. actionum quædam. Inst. de act.* A quo enim dependet Esse rei, ut inquit Bald. ad eundem etiam referri debet præcipua ejus vis, modus & effectus. *Bald. in Rubr. C. de fid. instr. num. 7.* Quidam volunt, quando utriusque gratia contrahitur, tum utrique directam actionem tribuit: cum alterutrius, ei dari directam, cujus gratia contractum est; alteri vero contrariam. Id falso dici hinc intelligi licet, quod in commodato ei, cujus gratia non contrahitur, directa detur: id quod & in deposito usu venire potest, & mandato: qui contractus interdum eorum ineuntur causa, quibus contrariæ duntaxat actiones competunt. Quid? quod pignus utriusque gratia contrahatur: *d. §. fin. Inst. quib. mod. re cont.* in quo tamen dispares esse actiones, & directam debitori competere diximus, cujus tamen ad utilitatem potissimum pignus non constituitur. Quid? quod mandatum, depositum utriusque respectu aliquando contrahuntur. Prior itaque regula verior est. Nam in præsenti materia debitori datur Directa pignoratitia actio, licet creditoris gratia pignus præcipue contrahatur. In hac enim obligatione, qua creditor ad restituendam debitori rem debito exoluto tenetur, & ex qua existit hæc actio, præcipua est debitoris persona, & ad eum obligatio principaliter, tanquam dominum rei cujus etiam est periculum, spectat, *l. pignus. 8. Cod. de pig. act.*

OBSERVATA.

Vox pignoris stricte accepta.

N. I. *Pignus à pugno*) Evolvenda hic inprimis principiorum loco tria sunt; (1) Vocabuli pignoris & hypothecæ ambiguitas; (2) Differentia inter actionem pignoratitiam & hypothecariam: (3) Differentia inter pignus & hypothecam. Sumitur autem *Pignus* (1) stricte, pro actu oppignorationis, *l. 9. §. 2. h. t.* quando res pignori data transit ad creditorem, unde à pugno dicitur, & est maxime rei mobilis, *l. 238. §. 2. de V. S.*

Latius & tripliciter.

(2) Latius, *cum quoque modo res oppignoratur*, sive possessio transferatur sive non, sive res sit mobilis, sive non sit, *l. 5. §. 1. de pignor. §. 7. I. de act.* Et in hoc significatu iterum tripliciter capitur, (1) pro re ipsa oppignorata, *t. t. de distract. pig.* (2) pro conventione pignoris quæ re fit & contractus est realis, *§. 4. I. quib. mod. re contrah. obl. l. 1. § f. de pact.* (3) Pro obligatione reali, h. e. jure pignoris s. in re oppignorata constituto, *d. l. 1. h. l. 4. de pignor.* Medio modo hic accipitur, ideoque W ele[illegible] non habuisset opus tam late agere de pignoris di[illegible]onibus.

Item vox hypoth.

Eadem autem ratione & vox *Hypothecæ* hic tripliciter sumitur, (1) pro re hypothecæ supposita, *d. t. de dist. pignor. & hypoth.* (2) pro conventione, *d. l. 1. h.* (3) pro jure hypothecæ, *t. t. in quib. causs. pignus vel hypoth.*

Differentia act. pignor. & hypothecariæ.

Differentia actionis pignoratitiæ & hypothecariæ præcipua hæc est, (1) Illa ex contractu nominato descendit, hæc ex jure in re per traditionem vel pactum constituto. (2) Illa datur debitori adversus creditorem, ad pignus soluta pecunia repetendum: Hæc creditori propter jus reale constitutum, adversus vel debitorem, vel tertium quoque, ad rem pignori vel hypothecæ

suppo-

Jr pignoris & hypothecæ.

suppositam persequendam, *§. 7. I. de action.* Denique pignus in specie sic dictum, & hypotheca conveniunt, in effectu, qui est (1) jus in re, *d. l. 1. h. t.* (2) actio hypothecaria s. rei persecutio, *d. §. 7. I. de action.* (3) distractio, *t. t. de distr. pign.* Hocque sensu verum est, quod inter pignus & hypothecam saltum nominis sonus intersit, *l. 5. §. 1. de pignor.* quamvis id aliter exponat hic Bach. *in not.* Differunt autem (1) ratione constitutionis. Nam pignus in specie sic dictum constituitur non nisi traditione, hypotheca verò non nisi nudo pacto: per illud possessio transfertur ad creditorem, per hanc non item, sed apud debitorem manet, *l. 9. §. 2. h. t.* (2) Quà prædicta vocabula denotant conventionem, distant & in hoc, quod pignus sit contractus realis, hypotheca vero pactum legitimum, *arg. l. 17. §. 2. de pact.* Bach. *tr. de pign. & hypoth. lib. 1. cap. 1.* Atque hæc dependere ex Loco Status Legalis quem Rhetores *ab ambiguo* vocant, certissimum est. Quibus addendum quod quoque differant invicem contractus pignoratitius, mutuum, & emptio cum pacto de retrovendendo, Andr. Gail. 2. *n.* 7. nec tamen ex verbis Pfandschilling/ Pfandgeld/ Pfandsumm/ Versetzung/ anlehen &c. in obligationis instrumentis repertis, id semper æstimari possit; Licet ita sentiat Matth. Colet. 1. *cons.* 29 *n.* 8. dicatque Jenenses ICtos ita consuluisse; Menoch. *de præsumpt.* 122. *n.* 27. *& seqq.* Nam ex principiis agentium & substantialibus contractus pactisque adjectis æstimandum est, an ille pro emptione cum pacto de retrov. sit habendus, qualia sunt consensus de pretio & merce cum pacto redimendi: ICti Tubingenses, Ingolstadienses, Joachimus Mynsingerus à Frundeck. Matth. Wesenbecius apud Göden. *cons.* 109. *n.* 21. *& seqq.* Berlich. *p.* 2. *c.* 1 *n.* 15. ICti Jenenses ap. Dn. Richter. *p.* 2. *c.* 23. Vultei. 3 *cons. Marp.* 18. *n.* 100. *& plur. seqq.* Colleg. Jurid. Wittebergens. *apud Nicol. Reusnerum l.* 3. *c.* 25. *n.* 18. *& seqq.* Ipse Reusn. *c.* 27. *n.* 100. *& seqq.* Fr. Pruckman 1. *cons.* 40. *n.* 25. *&* 2. *cons.* 20. *n.* 44. Dn. Stuck. *p.* 1. *cons.* 2. *n.* 37. 85. *& mult. seqq.* Adde quoque Observata *infr. ad t. de resc. vendit.*

Dependent hæc ex Stat. leg.

Differ. inter mut. & pign. ac empt. vēd. sub pacto retrov.

Pignus hic maximè denotat contractum.

N. II. *Pignus autem est)* Sumitur hîc vocab. pignoris pro re pignori supposita. Rectiùs, quà hîc consideratur, contractum pignoris denotat, quia actio pignoratitia non est nisi ex pignore, ut est contractus. Neque etiam generalis hic est pignoris significatio sed specialis. Et quamvis putet Bach. *d. lib.* 1. *cap.* 2. *circ. fin.* pignus accuratè loquendo non esse contractum, sed hunc esse causam efficientem pignoris, & rectiùs dici contractum pignoratitium, quemadmodum & contractus feudalis & emphyteuticus: tamen hoc nimis subtile est, nec juri nostro conveniens. Quod enim dicitur contractum esse causam efficientem pignoris, verum saltim est, ut ipse Bach. mox fatetur, de pignore quà jus denotat, sec. *l. 1. h. t.* non verò quà speciem conventionis; tum enim vox contractus genus est pignoris, ideoque inter contractus reales refertur, *in §. 4. I. quib. mod. re contrah. obl.* Propterea perinde est hunc contractum dicere pignoratitium, pignoris, vel pignus, quia tralatitium est vocabulum feudi, Emphyteuseos & pignoris in jure aliquando pro re, aliquando pro contractu, nonnunquam verò pro jure accipi: & has significationes omnes proprias esse non dubitaverim. Eadem autem ratione non faciendum cum Mozzio *de contr. s. de pignor.* qui in explicatione l. 1. *h. t.* distinguit inter pignus proprium & improprium: illud intelligens, quod traditione rei perficitur, hoc, quod nuda conventione.

An satis rectè dicatur, contra Bachov.

Causa effic. pign. duplex.

N. III. *Causa efficiens)* Eam pignoris, ut jus est, triplicem facit hominem, legem & magistratum. Commodius dicitur duplicem esse, *hominem sc. & legem.* Homo vel privatus est, vel magistratus; ille privatâ authoritate constituit pignus, vel ultima voluntate, vel inter vivos; & quidem hoc modo, vel per contractum pignoris vel per hypothecam. Atque hocce pignus propterea dici solet conventionale. Magistratus publica authoritate pignus concedit, vel captis pro re judicata pignoribus, vel decretâ missione possessioneque bonorum, quorum illud judiciale vocatur; hoc prætorium. Lex pignus inducit immediatè, quod inde Legitimum vocatur, alias Tacitum, quatenus non fit vero aliquo consensu, ut in conventionali, sed tacitè, citra factum hominis, à lege inducitur, Vid. Not. *ad tit. de pign. n. 3.* Cæterum hæc ad Civilem pignoris originem spectant: naturalis ejus origo in genere non est ex beneficentia hominis erga hominem, ut mutui & commodati, sed descendit ex diffidentia hominum ad invicem, ex principiis cautionalibus. Cum enim fides data verbis sæpe fallatur, ex statu hominis secundo corrupto, re ipsa quoque ut caveretur inductum fuit, dato pignore vel hypotheca; indeque permanavit, sanius esse pignori incumbere quàm in personam agere; & plus cautionis in re est quam in persona. *l. 25. de R. I.* Et huc rectè quoque Scharrockius *de offic. sec. jur. nat.* pignus refert ad præceptum juris naturæ de fide servanda, *p. m.* 246. Pignora autem in summam multò majorem creditæ pecuniæ sumuntur, nec licita est eo nomine appellatio, Dn. Mev. 1. *decis.* 74. Ut quoque contractus facti sunt, & probandi si negentur, ita quoque pignus potius quàm insolutum datio in dubio præsumuntur, Id. *p.* 2. *dec.* 91.

Homo.

& Lex.

Origo pignoris natural. ex princip. cautional.

Aut expressa aut tacita) Vocabulum pignoris & hîc accipitur pro jure & in genere; nam pignus in specie sumptum pro contractu reali omne est ex voluntate expressa: Hincque dividit Wes. pignus latè acceptum in expressum & tacitum, *n.* 4. quam divisionem informem dicit Bach. *d. lib.* 1. *c.* 4. Illiusmodi est, quod contractu reali pignoris, vel etiam conventione constituitur, *d. l. 1. hoc tit.* Judiciale item & prætorium. Nam quamvis in his nihil videatur expressè agi de pignore, fiunt tamen ea semper ex causis singularibus, ex expressa voluntate partium provenientibus, ex quibus Prætor (secundùm voluntatem illam partium in ius expressam) non potest etiam non pignus expressum constituere, ceu rectè quoque notavit Lessius *lib.* 2. *c.* 25. *dub.* 6. *n.* 33. & de Lugo *disp.* 32. *sect* 2. *n.* 25. Hujusmodi propriè dicitur, quod ex tacita conventione in invectis illatis in prædium urbanum oritur, *l. 4. de pact.* Nam hic non planè immediatè à lege inducitur pignus, sed ita ut factum hominis inferentis concurrat, ut rectè monet Bach. *d. l.* Et quod Tacitum quoque dicitur pignus quod Legitimum est, hoc longè alio fit sensu, scil. ratione tacitæ inductionis à lege, & non ratione taciti consensus hominis, ut supra monuimus. Ideoque rectè invicem opponuntur Expressum & Tacitum, ex consensu expresso vel tacito: non verò Expressum & Tacitum h. e. Legitimum, quia non species unius sed diversi sunt generis.

Pignus expressum & tacitum quid.

Nec enim solum traditione) Statuit hîc Wes. *etiam pignus quod fit nuda conventione, esse contractum nominatum, & quidem consensualem.* Verum, ut hæc opinio planè nova est, ita etiam omni fundamento destituitur. Quippe (1) *nuda conventio non est contractus,* sed contractui tam nominato, quàm innominato opponitur, *l. 7. §. 2. 3. 4. de pact.* (2) Consensuales contractus præcipuè sunt, emptio vend. locat. conduct. societas & mandatum, nec inter hos est pignoris contractus. Ad opposita respondetur. In *l. 1. h. t.* vox pignoris accipitur non pro contractu; ut

Pignus quod fit nudo consensu seu hypotheca non est contr. nominatus consensual.

Responderur ad contraria Wes.

putat A. sed pro jure reali pignoratitio, quod vel per traditionem constituitur, vel per nudam conventionem. Apertiùs hoc constat ex *l.* 44. §. 5. *de usucap.* quæ est de persecutione pignoris, quod dicit sola conventione constitui. Persecutio autem illa effectus est juris realis, *t.t. de distr. pign.* & sola conventio in *d.* §. 5. idem est quod nuda conventio in *d. l.* 1. *h. t.* In *l.* 1. §. *fin. de pact.* pignus quidem dicitur contractus, sed exinde, quod in nomen transeat, *junct. l.* 7. §. 1. *eod.* At hoc de eo saltim prædicari potest, qui traditione perficitur, ideoque, *in* §. *ult. I. quib. mod. re cont. oblig.* inter contractus reales refertur. De hypotheca autem quæ pacto nudo (sc. à nomine & causa) perficitur, hoc asserere, certè est manifestissimam admittere contradictionem. Neque mutant *l.* 3. *&* 23. §. 1. *de pign.* per quas in eandem sententiam inclinantes video Filliucium *tr.* 38. *c.* 9. *n.* 167. & Joh. de Lugo *disp.* 32. *sect.* 2. *n.* 24. Nam in *l.* 3. hypotheca accipitur pro jure hypothecæ reali, ut pignus pro jure pignoris *in l.* 1. *h. t.* Et in *d.* §. 1. obligatio pignoris dicitur etiam inter absentes ex contractu obligare, *i. e. contrahi*, puta jus hypothecæ per nudam conventionem, *l.* 1. *h.* quæ hîc contractus vocatur extensa significatione, *arg. l.* 7. *C. de his, quæ vi met. caus.* Propriè enim est pactum legitimum, inter quod & contractum, formalem existere differentiam, supra probavimus, ad *tit. de pact.* & constat *ex l.* 6. *eod.* Et si omne quod nuda conventione constat, est contractus nominatus, sequitur & omne pactum nudum contractum esse dicendum, contra manifestissima juris nostri principia, *d. l.* 7. §. 1. 2. 3 *&* 4. *d. t.* Denique quod contractus nominati nudo consensu obligationem pariant, prædicatur tantum de consensualibus, in opposita *l.* 1. §. 2. *de rer. permut.* quia quidam nominati sunt, qui præter consensum literas requirunt, quidam qui verba, alii qui rei interventum, §. *fin. I. de obligat.*

Nomina an possint oppignorari.

N. V. *Etiam nomina*) Quæ res oppignorari possint, quæ non, pertinet inprimis *ad tit.* 3. *lib.* 20. *quæ res pign. vel hypoth.* Hîc juxta A. videbimus saltim de Nominibus & rebus alienis. Nominum stricto jure nulla videtur oppignoratio, nec locus esse propterea actioni hypothecariæ; *quod obligatio ex supposito nomine in personam creditoris transire nequeat, nihilque actum sit inter debitorem & eum, cui pignori aut hypotheca nomen obligatum fuit. Neque, quod aliàs proprium hypothecaria, hic quidpiam reperit creditor, quod velit ad se transire; exigere verè pecuniam est effectus actionis personalis.* Sustinetur tamen ex æquitate, & propter utilitatem contrahentium, *arg. l.* 4. *C. quæ res pign. l.* 18. *h. t. l.* 7. *C. de hered. vendit.* & hunc effectum habet, ut creditor possit ex nomine supposito agere contra sui debitoris debitorem actione utili, *d. l.* 4. Sed Q. *qualis nam sit illa actio utilis, an hypothecaria utilis, an verè dativa, quæ & illi conceditur, cui nomen venditum, donatum, legatum?* Et prius quidem affirmat Cujacius, sequiturque Filliuc. *d. c.* 9. *n.* 174. sed altera sententia verior est, Gl. *in l.* 18. *h. t.* (1) *arg. l.* 5. *l.* 8. *C. de hered. vend. l.* 16. *pr. de pactis* (2) *arg. l.* 2. *C. quando fisc. vel priv.* Quod si tamen conventus debitor actione utili solverit pecuniam, Prætor ei dat exceptionem adversus creditorem agentem, qui nomen pignori dederat, *d. l.* 4. *C. quæ res pignor. & d. l.* 18. *h. t.* Vid. latè Bachov. *de pignor. l.* 2. *c.* 8. Res aliena pignori quidem dari non potest ad hunc effectum, ut dicatur perfectè esse satisfactum obligationi tam reali quàm personali, *quia non potest agi hypothecaria, contra quemcunque possessorem: quod actor (ut requiritur) non possit probare rem fuisse in bonis debitoris, l.* 8. *C. si alien. res. l.* 1. *pr. l.* 3. *de pign. Hinc si creditor experiatur contra possessorem tertium, exceptione statim repellitur, quod res non fuerit in bonis debitoris. Eademque ratione quàm primum creditor probare potest sibi rem alienam esse pignori datam, statim potest experiri pigneratitiâ contrariâ, ut res alia detur, l.* 16. §. 1. *h. t. l.* 32. *eod.*

Res aliena, dist. inter jus reale perfectum,

Attamen pignus rei alienæ non tamen simpliciter & omni modo inutile est, sed valet inter contrahentes ipsos contractus pignoratitius quoad obligationem & actionem. Sic enim debitor soluta pecunia rectè experitur pignoratitiâ directâ ad pignoris restitutionem, nec creditor qui solutionem accepit, potest ipsi movere dominii quæstionem. Neque minus creditor contra debitorem quidem persequi potest rem illam alienam hypothecaria actione, quia debitor sine turpitudine sua (quam eo ipso allegaret) non potest excipere de supposita re aliena. Confer. *not. sup. ad tit. commod. n.* 4. *verb. & si sunt aliena.* Quin & res pignorata porrò alteri pignori dari potest, *l.* 1. *C. si pign. l.* 13. §. 2. *de pignor. c. cum contra de pignor.* ubi tamen hoc juris est, cum res aliena alteri oppignorari nequeat perfectè, illud jus quod secundo creditori ita constituitur, non diutius durare quàm jus primi creditoris. Nam si huic pecuniam solvat primus debitor (idemque dominus rei) jus creditoris secundi protinus expirat; quod resoluto jure dantis solvatur & jus accipientis, *l.* 40. §. *f. h. & l.* 31. *de pignor.* Durante autem jure primi creditoris tuetur Prætor secundum, non modò per retentionem, sed etiam datâ ei persecutione, *d. l.* 1. *C. si pig. pignor.* Vid. Bach. *d. l.* 2. *c.* 9.

Et obligat. ex contr. pignoris.

Mutua est obligatio ex pignore.

N. VII. *Quamvis enim*) Pluscula hîc notanda veniunt de effectu actionis pignorat. directæ. I. Licet solutâ pecuniâ & solutus sit obligatione debitor, tamen hoc verum est saltim sec. quid, quoad illam quâ debitor tenebatur creditori: quæ contracta erat pignoris datione in crediti securitatem: & mutua subest obligatio in contractu pignoris; ex altero enim latere creditor obligatur debitori ad pignus restituendum: Quæ obligatio, pecuniâ à debitore solutâ, manet, nec exinde est quod pignus tunc sine causa apud debitorem invenitur, alioquin enim daretur condictio sine causa, *l.* 2. *de cond. sin. caus.* sed ex natura hujus contr. & quod iste ad hoc se obligaverit, dis. text. §. *f. pr. quib. mod. re contr. oblig.* II. Hinc falsum est quod A. ait, consensu quidem contrahi pignus, sed obligari creditorem rei acceptione, quæ obligatio separata sit à pignoris jure. Reclamat enim textus modò citatus, ut pluribus ostensum fuit *sup. n.* 3. *verb. nec enim sola.* III. Competit hæc directa *solutâ pecuniâ*, ratione effectus, & quoad actum secundum; nam mater ejus est contractus pignoris, quo tanquam causa posita etiam statim effectum poni oportuit, & actio nascitur quoad jus agendi, statim initio contractus cum ipsa obligatione. Bach. *ad Tr. vol.* 2. *disp.* 1. *th. ult. & in Not. h.* Dn. Frantzk. *comm. h. n.* 6. Verbum autem solutionis in *l.* 9. §. 3. *h. t.* accipitur generaliter, quod quocunque modo obligatione sublata hæc actio competat. Vel dici potest, quod actio hæc nascatur ex soluta pecunia demum, efficaciâ & vi inspectâ. Solvi autem debet vel satisfieri idoneè, nec nummis reprobis, *l.* 24. §. 1. *h. t. Conf. Bach. de pign. l.* 5. *c.* 10. Cæterum etsi communiter non sit obstrictus creditor ad pignoris restitutionem, nisi tota pecunia exsoluta, vel eo nomine satisfactum sit, *d. l.* 9. §. 3. *h.* Aliter tamen lege civili Ebræorum statutum videtur in veste aut utensilibus pignori suppositis, quib. debitor diu carere non poterat. Si enim vestimentum esset usui diurno, creditor id singulis diebus oriente sole debitori reddere compellebatur: sin usui nocturno vesperi sole occidente, Exod. 22. 26. 27. Verùm etiamsi ead. lege ad talem restitutionem jus agendi habuerit debitor, illam tamen diversi planè generis fuisse ab ea quâ de hîc agitur, in propatulo est; neque enim fiebat solvendi pignoris causa, sed ut manente pignoris nexu necessitati debitoris subveniretur: qui & crebriori

Quando competat actio directa ad pignus restituendum.

Pignoris alia restitutio ex lege Ebræorum.

illa

illa repetitione atque restitutione admonebatur, ne negligens existeret in debiti solutione, ut notat *ibid.* Rabbi Josephus. IV. Datur hæc actio contra creditorem licet possideat pignus, sed non quà possessorem, verùm *quà obligatum ex contractu, §. ult. pr. quib. mod. re contr. oblig. arg. l. 25. de O. & A.* Ideoque idem est si non possideat; nec enim possessio ex se in actione hac personali in considerationem venire potest, cum possessio non ex contractu oriatur, sed jure pignoris; & illud saltem inspiciatur hîc an creditor fuerit ad restituendum obligatus. V. In *c. cum contra. de pignoribus*, dicitur, si quis creditâ pecuniâ pignus accepit, & ipse vel hæredes ejus illud alteri obligarunt, perceptis tot fructibus ut sortem exæquent, debitori competere actionem contra tertium, cui posteriori loco res erat oppignorata, & teneri judicem debitorem primum mittere in possessionem: Q. quænam hæc sit actio? Nonnulli putant esse pignoratitiam directam, alii in rem scriptam; quidam actionem dativam s. implorationem officii judicis: quod potius est ut dicamus. Nam pignoratitiam esse in rem scriptam nullibi habetur, neque ea dari potest ratione possessionis, & contra possidentem; *arg. l. 25. de O. & A.* Sed rei vindicatio, Goeddæ. *1. conf. Marp. 28. n. 213. & n. 229. cum seqq.* Et quamvis sint qui id affirment ex dicto cap. de jure canonico, tamen in foro politico id locum non habet, Idem Goedd. *d. conf. n. 231.* Hilliger. *Donell. enucl. l. 15. c. 44. lit. q.* Dn. Jenenses ap. Richter *p. 1. c. 54. n. 3. & seqq.* VI. Existimat Wesenb. creditorem teneri ad culpam etiam levissimam, per *l. 13. §. 1. h. t.* Sed rectior est sententia communis, eundem teneri saltim de levi, ob paritatem, quæ hîc utriusque est, utilitatem, quæ quoque mediam diligentiam requirit, per *l. 5. §. 2. commod. §. fin. quibus mod. re contrah. oblig. l. 14. h. t. l. 30. eod.* Eademque ratio est in debitore, *l. 16. §. 1. h. t.* Nec officit (1) *d. l. 13. §. 1. h. t.* quia ibi comparantur commodatum & pignus secundùm quid, quoad culpæ præstationem, non verò quoad gradus culpæ; quemadmodum patet ex *l. seq. eod.* & similis ferè est comparatio depositi & precarii in *l. 8. §. 3. de precar.* Licet autem addatur: *venit & custodia, vis major non venit*, tamen per id non excluditur saltim casus fortuitus & includitur culpa levissima, sed per vocem custodiæ ibi intelligitur diligentia illa, quæ aliàs media dicitur custodia, iu *l. 36. de act. empt.* Et quamvis illa tacitè insit culpæ, atque ita hîc idem bis dici videatur, tamen id non est novum, quod JCti adeo accuratè semper non loquantur, nec rarò quid explicationis gratia adjiciunt. Atque eodem modo exponenda venit, *l. 19. C. de pignor.* Cujacius quidem intelligit *d. l. 13. §. 1. h.* de casu singulari quo gratis mutuò dedit creditor: verùm tunc obstant verba generalia: *in hac actione & l. 14. eod.* Multò minus autem cum Wesenb. textus generaliter est intelligendus de culpæ levissimæ præstatione. Nec mutat, quod, ut ait, pignus potissimum creditoris gratiâ constituatur; quia, ut ipse fatetur, *n. 9. circ. fin.* hoc falsum est, cum fiat gratiâ utriusque, secundum *§. 4. quib. mod. re contrah. oblig.* Nec pignus hic abstractè considerandum, sed concretivè & ad mutuum; quia omne contrahitur propter hoc, securitas quoque non alia ratione à debitore quam propter mutuum præstatur, *d. §. 4.* indeque bene Grotius *de jur. bell. & pac. lib. 2. cap. 12. n. 15. in pignore, ait, ut & in locato, media via sequenda est, ut qui rem accepit, nec de casu quovis teneatur, ut commodatarius, & majorem tamen diligentiam quam depositarius præstare debeat; quia pignoris acceptio est quidem gratuita, sed accedere solet contractui oneroso. Quæ omnia Romanis quidem congruunt legibus, sed non ex illis primitus, verum ex æquitate naturali veniunt. Quare eadem apud alias quoque gentes reperire est.* Hæc Grotius. Denique *l. 22. §. 4. ff. l. 25. h. t. & d. §. 4.* culpæ mentionem facientes, ex natura hujus contractus explicandæ; & sec. *l. 5. §. 2. commod.* nonnisi de culpa levi intelligendæ sunt. Conf. Bachov. *de pign. lib. 5. c. 21. n. 4.* ubi in conciliandà *l. 13. §. f.* valde quidem laborat, denique tamen in sententiam nostram dilabitur; Adde & Hôpper. *ad §. 3. quib. mod. re contr. obl. n. 4. & 5.* ubi nostram sententiam optimè confirmat, adjiciens, quod in Prætorio pignore solus dolus spectetur, inde receptum esse, quod nihil aliud quàm observationem rei possessæ habeat creditor, ut depositarius, *l. 3. de acqu. poss.* VII. Secundum jus commune casus fortuitus hîc ad debitorem pertinet, *l. 9. C. h. t. l. 5. l. 6. C. eod. l. ult. quib. mod. re contrah. oblig.* & Leg. Wisigoth. *lib. 5. t. 5. l. 2.* Exceptio est (1) Nisi creditor casum susceperit, *d. l. 6.* (2) Nisi culpa ejus contigerit. (3) Si propria authoritate rem pignoratam occupaverit, *l. 30. h. t.* Idemque obtinet jure Sax. quod sc. creditor de casu fortuito regulariter non teneatur, Matth. Coler. *1. dec. 9. n. 7.* Hinc deciditur Quæstio, *An creditor pignore casu amisso, actionem amittat, an verò nihilominus creditum suum repetere possit?* Posterius omnino affirmandum esse vix dubium apparet, per *l. 6. & l. 9. C. h. t.* Et tamen contrarium statuit jus Saxon. Landr. *lib. 3. art. 5. sub fin.* Stirbet ein Pferd oder ein Vieh in der versetzung ohne jenes Schuld der es unter ihm hatte/ & sic casu fortuito: beweiset er das und darff dazu auch schweren/ entgild er ihm nicht; er hat aber sein Geld verlohren/ dafür es ihm versetzet ist. Et hoc plerique generaliter de quovis pignore intelligunt, ita ut secundum illos sit regula jur. Sax. pignore amisso cessare crediti repetitionem, Matt. Coler. *1. dec. 7. n. 29.* ubi ait, etiamsi hoc sit *contra omnia jura mundi*, tamen in provinciis Sax. usu observari, Schneidevv. *ad §. ult. n. 26. inf. quib. mod. re contr. obl.* Gloss. verò *in d. art. 5.* id restringit, ut obtineat unico casu, equis sc. & pecudibus pignori datis, cujus ratio unica sit, quod lex ita scripta, vide Matth. Berlich. *p. 2. concl. 23.* Verùm quicquid hoc, summam tamen iniquitatem continet, dum ita creditori jus suum (ex mutuo) contra legem naturæ aufertur, quæ vult, ne quis (hîc mutuatarius, obligatus ad reddendum) cum alterius (mutuo dantis) damno contra moralia principia fiat locupletior, *l. 14. de cond. indeb.* & ne quis (creditor) sine culpa rei suæ dominio privetur. Quod nec Princeps (adeoque nec lex) ex plenitudine suæ potestatis facere potest, cum ejus proprium esse debeat, suum cuique tribuere. *§. pen. de I. & I.* Atque, ut juris naturæ præceptum est *redde depositum*, ita & *redde mutuum.* Hoc enim hîc actum esse juxta principia humanæ actionis certissimum est, & ubi fides data non servatur, injustissimum, fides namque, ut ait Cicero, justitiæ est fundamentum. Juxta quæ itaque, non attento jure Saxonico, respondere W. S. non dubitarunt Dn. Antecessores Facultatis, anno 1637. d. 3. April. verbis: Habt ihr in anno 626. umb Pfingsten Jürgen von Kl. nunmehr seligen/ wie sich derselb wegen damals angegangenen und seyder noch dawrenden Kriegeswesen/ in Magdeburg auffgehalten/ 150. Reichsthal. geliehen/ mit welchen Geldern er eine güldene Kette/ so versetzet gewesen/ wider eingelöset/ und euch neben einer verschreibung über solche 150. Thal. lautend unterpfendlich hinwider zugestellet: die ihr zu euch genommen/ und nebst der verschreibung bey fast aller ewer in Magdeburg habenden zeitlichen Wolfart verwarlich gehalten. Ob dan schon solche verunterpfendete Kett/ welche des debitoris eigen: und proper Gut allemahl geblieben/ in dem erbärmlichen über- und untergang der Statt Magdeburg ohn ewer Schuld wegkommen: So können sich doch gedachtes ewres debitoris Jürgen von Kl. seel. hinterlassene Witwe und

Non datur h. act. contra possess.

Non est in rem scripta.

Q. quæ sit actio in c. cum contra de pign.

Præstatur hic saltem culpa levis contra Wesenb. dissentientem.

Casus fortuit. hic est debitoris.

Qui nihilominus tenetur solvere. Contra quod sine omni ratione statutum jure Saxonico.

und Erben hierunter der widerzahlung nicht entbrechen/sondern sein dieselbe die außgeliehene 150. Reichsthaler nebst hinterstelligen Zinsen euch hinwider zubezahlen und abzutragen schüldig/ V. R. W. Cæterum & alia ejusdem Sax. juris in materia pignoris occurrit iniquitas, dum statuit *quod res pignorata simulatque traditur, excidat dominio & possessione debitoris, & transeat in creditorem*, Landr. *lib.* 2. *art.*24. §. ein jeglich Mann/ adeo ut debitori (ipsoque domino) neque personalis neque realis competat actio contra tertium possessorem, pro rei suæ repetitione, *Matth. Coler. d. dec.* 9. *n.*3.4.5.*&* 6. Jure quidem communi illud verum esse potest quoad possessionem, sc. pignore constituto per rei traditionem, *l.*35.§.1. *h.t.* non verò in hypotheca, qua possessio non transfertur. Indistinctè autem id falsum est *quoad dominium*. Vox ipsa pignoris (*h. e. quod ob debiti fidem detur & accipiatur*) contrarium indicat. Neque ullæ gentes pignus habuerunt pro titulo dominii translativo, sed jus pignoris à dominio accuratè distinxerunt. Videatur Grot. *de Jure Pac. & Bel. d.c.*12.*n.*6.*in f.* de jure Ebræorum *d.Exod.*22.26.27. Atheniensium & *περὶ ὅσων τῆς ὑποθήκης* Demosthenes *orat. in Onetorem posteriorem*, & Ulpianus, *comm. in orat. contra Midiam. ad verba: ac ego quidem.* De jure Wisigothorum *lib.*5.*t.*5.*l.*2.3.4. Longobardorum *lib.*2.*t.*21.*l.*8. Burgundiorum *tit.*19.*l.*6. Carol. & Ludov. Impp. *cap.*6.*tit.*30. Alamannorum *l.*86.§. 2. qui habet: *si autem dominus voluntariè pignus dederit pro aliqua re alicui, & illud pignus (servus, equus) ibi aliquod damnum fecerit, dominus qui dedit, damnum quod factum est, simile restituat.* Cui, & quod ad securitatem crediti saltem sit pignoris persecutio, innituntur Responsa modò laudatæ Fac. Juridicæ ad Joh. Velhagen/ anno 1627. d. Oct. verb: und möget ihr N. sothaner legirten 100. Güld. actione personali ex q. contractu und hypothecariâ absonderlich oder sub cumulatione deßhalber wol belangen. Seyd doch ewre action zu nominiren nicht verpflichtet/ sondern ist zum besten/ daß ihr das factum in der Klag gebührlig fürbringet/ und darauff förmliche petition, ohne specificirung der actionen annectiret und setzet. Et anno 1645. m. Apr. ad I. N. verb. es stehet euch aber frey/ dieselbe entweder actione personali alleine/ oder auch cumulatâ actione hypothecariâ, juxta doctrinam Mynsing. c. *obs.* 58. wegen rückstendigen Hauptstuhls und interes, jedoch nicht mehr den 5. auff 100. gerechnet/ zu belangen. Necnon anno 1644. m. Dec. verb. alldieweil die gehaltene Vormundtschaffts Rechnung über die außgeliehene Gelder vor beständig zu achten/ und auß der designation zuersehen/ daß die Vormünder in anno 1624. annoch gelebt. Ob nun wol Hanß Salomon und dessen Vormünder/ imgleichen die Schüldener und Bürgen allesambt todes verfahren/ so sind jedoch deren allerseits hinterlassene Erben/ der vorgeschützeten entschüldigung/ alß daß sie von der Schuld nichts wüsten/ ungehindert/ an ihrer verstorbenen Eltern stelle zuretten/ und zu foderst die debitores oder da dieselbe nicht zahlbahr/ der Bürgen Erben/ die verzeichnete Schuld sambt verschriebenen Zinsen abzutragen schüldig/ ihr wehret auch die Unterpfande/ welche die debitores immittels an andere gebracht/ actione hypothecaria einzuklagen befugt.

Ejusd. juris alia. Pignus non est titulus trás'. dominii.

Sed securitatem concilians

N. VIII. *Unde & illud placuit*) Quæritur si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo obligavit hæres extitero, an creditori contra me actio detur? Negat hoc *l.*41.*h.t.* affirmat autem *lex* 22. *de pignor.* Wesenb. hic cum Gl. in *d. l.* 22. distinguit inter actionem hypothecariam & utilem pignoratitiam, ut illa creditori contra me possidentem non detur; Ratio est, quod inter me & creditorem non consistat obligatio quia creditor contra alium quàm qui oppignoravit rem agens, tenetur probare eam fuisse in bonis debitoris, *l.*6.*C. si alien. res pign.* quod hoc casu facere nequit: actio verò pignoratitia utilis contraria contra me creditori competit *l.*22.*de pignor.* Aliter hoc exponit Bachov. *de pignor.* 1.*c.*4.

Conciliatio l. 14. h. cum l. 22. de pign.

N. IX. *Dubites porrò*) Inquirit Wesenb. in rationem, cur ex pignoratitio contractu & aliis, inæqualis, sc. *una directa, altera contraria* actio oriatur, ex aliis verò æqualis, i. *utraque directa*. Et ponit quidem duos modos unde hoc possit æstimari, verùm in quibus non pauca desiderari videntur. Nam (1) etsi verum sine dubio est, quod initio ait, exempt. vendit. (adde & societate) locato conducto dari actionem utrinque æqualem, h. e. ab utraque parte directam, regulæ tamen propositæ primæ pars altera, vera non est in commodato, quia ad commodatarium totus contractus commodati respicit, & tamen is non directam sed contrariam habet actionem. (2) Regula secunda in eo vitiosa est, quod omnis contractus *ἀντάλλαγμα* dicatur utriusque gratiâ contrahi. Quamvis enim quidam ex postfacto obligentur, ut commodatarius, depositarius, puta, si impensas fecerunt, tamen illorum obligatio ex contractu non minus est, & eorum gratiâ, qui impenderunt, quia cum contractus isti sint b. f. hoc etiam intenderunt contrahentes, saltem tacitè, cum absonum sit actionem ex tempore oriri. Rectius itaque hoc accersitur ex causa actionum personalium, *jure ad rem seu Obligatione l.*3.*l.*25.*de O. & A.* §. 1. *I. de act. junct. pr. Inst. de oblig.* quæ ut diversa est, *diversas etiam parit actiones.* Aliquando enim jus ad rem illud oritur *ex contractu unilatero*, ut sunt mutuum, chirographum & stipulatio, & tunc etiam ab una saltim parte actio existit, neque enim sive mutuatario sive promissori jus est quo adstrictum habeat mutuantem vel stipulatorem ad dandum vel faciendum. Aliquando verò jus ad rem & obligatio est ex *contractu bilatero*, obligatorio ab utraque parte; & tunc etiam uterq; contrahentium actionem habet. Illa autem obligatio tunc vel *statim ab initio oritur ab utraque parte*, sc. ubi in initio statim hoc principaliter agitur, ut obligetur uterque, *vel una statim ab initio, altera verò ex accidenti* s. ex postfacto est. Illud contingit in emptione vend. societate, locato cond. emphyteusi, & contractu feudali, ex quibus utrinque directa est actio, v.c. venditori actio venditi ex jure *ad precium* (unde & actio pretii dicitur, *l.* 7. *ʃ de act. emph.*) emptori actio empti ex jure ad rem (mercem) quod interest sibi quæsito, *l.* 30. *d. t. l.* 12. *& possed.* & sic deinceps. Huc in mandato, deposito, commodato, pignore, negotiis gestis, &c. obvenit. Ex quibus ideoque altera directa, quæ illi datur qui initio statim alterum sibi obligat, altera contraria, quæ illi, qui alterum sibi jure ad dandum vel faciendum aliquid adstrictum capit ex postfacto, conceditur, seu unde alter ex accidenti vel secundariò convenitur & obligatur. Quæ equidem ex Loco Status Legalis à scripto & sententia, ut Rhetores vocant, dependere nulli dubitamus: alter enim tenetur ratione ejus quod directò in contractum est deductum, alter verò ex æquitate & sententia legis, propter contrahentium utilitatem. Conf. laudatum Grotii locum *de J. b. & p. l.*2.*c.*16. Cæterum etiam ad effectum pignoris pertinet, quod illud etiam pro alio credito, & chirographario quoque retinere queat, Dn. Mevius 2. *dec.* 114. Bachov. *ad* §. 2. *verb. commodati actione* 1. *quib. mod. re contr. oblig. & ad Treutl. disp.*24. *th.* 4. *D.*

Quare ex contract. sit actio interdum utrinque directa, aliquando directa & contraria.

Dependent hæc ex princ. Rhetor.

Ut pignus & pro alio credito retineatur.

DIGESTORUM LIB. XIV.

TITULUS I. C.4.25.

De Exercitoria actione.

1. Continuatio.

HActenus expositum est, quemadmodum ii quibus res creditæ sunt, ex suo contractu conveniri possint. Sed quia frequenter etiam per alias personas negotia geruntur, usuque venit interdum ut cum alio contrahamus, alii verò credamus, consequenter nunc videndum est, quibus actionibus adversus quos agi possit, quando personæ quæ ex aliis pendent, alienaque fide nituntur, in contrahendo interveniunt. Nam ejusmodi personas in negotiis terra marique gerendis versari, usus quotidiana ostendit, dum homines periculorum metu, vel laborum tædio, sibi alios substituunt, quibuscum suo nomine contrahatur.

2. Ratio & causa edictæ exercitoriæ.

At de maritimis quidem negotiis actio prodita est Exercitoria, quam Prætor vectorum gratia proposuit. *l. si eam. §. 1. hoc tit. Paul. lib. 2. sent. 6.* Nam cum interdum ignari cujus sint conditionis, vel quales, cum magistris navis propter navigandi necessitatem contrahamus: æquum fuit, eum qui magistrum navis præposuit, teneri, quasi ejus fidem qui cum ignoto forte nauta contrahit, potissimum sequatur. *l. 1. in prin. hoc tit. l. si institorem 19. si cert. pet.* Quod contra subtilitatem Juris civilis à Prætore inductum est. Eo namque jure alter alteri actionem aut obligationem non acquirit, sed quæcunque gerimus, ex nostra persona initium obligationis capiant oportet. *l. quæcunque. 11. de act.* Verum cum arbitraretur Prætor, eum cujus respectu potissimum esset contractum, merito conveniendum: *l. 1. §. idem Pomponius. 10 de posito.* visum illi fuit faciendum, ut vectores, qui cum magistro navis quid egissent, secuti exercitoris fidem, adversus hunc suo Edicto adjuvaret.

3. Quis dicatur magister navis.

Magistrum autem navis accipere debemus eum, cui totius navis anchora, id est, gubernatio mandata est, vel ab ipso exercitore, vel a primo navis magistro. *l. 1. §. magistrum 1. & 3. hoc tit.* imponuntur autem magistri, vel locandis navibus vel ad merces emendas vendendasve, aut vectoribus conducendis, armamentisve emendis. *d. l. 1. §. 1. vers. magist.*

4. Quis exercitor.

Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones & reditus omnes perveniunt: sive is dominus navis sit, sive à domino per Aversionem (id est, non ad numerum certarum amphorarum, sic enim omnes reditus ad eum non pervenirent: sed integram navim *in solidum* & in universum suo periculo una mercede conduxerit. Aversio in se à locatore omni periculo, lucro & damno. *l. si. §. si inf. t. 1. l. opid quod 36. inf. loc. l. 4. §. ult. l. si quis vina. 4. §. si a versio. de peri. & com. rei vend. l. quod sæpe. 35. §. in his de contrah. empt. vide Bar. lib. 58. Cujac. Instit de empt in fin. lib. obser. 5. c. 25. Govan. lib. loc. 2. c. 24.*) conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum *l. 1. §. exercitorem 7. h. t.* Parvi autem refert, qui exercet, masculus sit an mulier, paterfamilias aut filiusfamilias, an etiam servus. Pupillus autem si navim exerceat, tutoris exigemus authoritatem. *d. §. exercitorem.*

5. Cur, adversus quos detur hæc actio: & quid sit per diversionem conducere.

In hunc igitur exercitorem datur actio, si quid cum magistro navis contractum sit: in eam tamen rem, cui præpositus est, *l. 1. §. non autem 5. l. fin. hoc tit.* (præpositio enim legem dat contrahentibus: extra quam si contrahant, æquum est exercitorem non teneri; *d. l. 1. §. ideo.*) idque propter utilitatem navigantium, ne facile deciperentur: *d. l. 1. §. magistrum, cum seqq.* & quidem datur in solidum, adeo ut si plures navim exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi possit, ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxit. *d. l. 1. §. fin. cum l. seq.* Hoc autem solidam rei persecutionem continet. Unde & perpetuo & hæredibus, inque hæredes hæc actio datur. *l. si tamen 4. §. fin. h. t.* Est tamen nobis electio, utrum exercitorem an magistrum navis convenire velimus. Nam ut exercitor Prætoria, ita magister ex suo contractu Directa Civili tenetur. *l. 1. §. est autem h. t.* Si tamen ab altero exactum erit, cum altero agi non poterit, cum sit actio rei persecutoria, unaque solutione omnis tollatur obligatio *d. l. 1. §. pen. h. t.*

6. Quomodo consulatur domino adversus contrahentes cum magistro navis.

Sed contrario exercenti navim, adversus eos qui cum magistro contraxerunt, actionem Prætor non pollicetur: quia non eodem auxilio indiget, cum Civilibus actionibus, aut ex locato, si merces intervenit, *l. 1 in fin. mandati.* adversus magistrum agere possit. Solent tamen Præfecti urbis ad quos cura annonæ pertinet *l. 1. §. ff. supr. de off. præfect. urbis,* potestasque jurisdictionis Prætoriæ sub Augustis devoluta est, *l. §. C. de off. præf. urb.* & in provinciis præsides, propter ministerium annonæ; quæ potissimum mari advehitur, quo plures in promptu sint exercitores, eos extra ordinem, ex contractu magistrorum, adversus contrahentes juvare, si forte magister solvendo non sit *d. l. 1. §. est autem 8.* idque ad exemplum institoriæ. *l. 1. in fin. inf. de institor. act.*

7. Exercitoriam non dari ex contractu nautarum [illegible]

Et hæc quidem ita se habent, si quando cum magistro navis contractum est. quod si cum aliquo nautarum contrahatur, non competit actio in exercitorem. Etsi enim ex delicto cujusvis eorum qui navis navigandæ causa in navi sunt, conveniatur exercitor: *l. 1. §. 1. fin in fin. sup. nautæ. caup. stabul.* alia tamen est contrahendi causa, alia delinquendi. Siquidem qui magistrum proponit locandis navibus, vel emendis mercibus, contrahi cum eo permittit. Qui verò nautas quasi instrumenta navis adhibet, non contrahendi cum eis potestatem facere videtur, sed culpa & dolo carere eos curare debet: *d l. 1. §. magistrum. h. t.* culpæ suæ imputaturus, si minùs idoneos, quasi vitiosa instrumenta adhibuerit, *d. l. fi. in fi. sup. nau. caup.*

OBSERVATA.

Inferæ hic VII. actiones.

N. I. *Hactenus*) Nimirum interseruntur hic septem actiones Prætoriæ; affines præcedentibus contractibus & subsequentibus, quibus quis convenitur ex alterius contractu, ut sunt (1) *Exercitoria.* 2) *Institoria,* (3) *Tributoria,* (4) *Quod cum eo, qui in aliena potestate est.* (5) *actio de peculio* (6) *De in rem verso,* & (7) *quod jussu.*

Prætoriæ. Earum natura.

N. II. *Quod contra subtilitatem*) De hac & prædictis actionibus, in genere notandum est (1) Quod sint prætoriæ, (2) Quod non novæ actiones, sed actionum ordinariarum novæ & adjectitiæ qualitates. Prius exinde, quia jure civili regula est, quod alter per alterum & ex alterius contractu non obligetur, *l. 11. de O. & A. §. si quis. I. de inutil. stipul.* Et licet possessio, cum sit naturalis & facti, per alium nobis acquiritur, *l. 1. §. 20. de A. P.* non tamen id obtinet, in iis quæ juris sunt, ut obligatio est, *pr. I. de oblig. d. l. 11.* Atque juri quoque naturali convenit, ut dicitur, in *l. un. C. ut nullus ex vican.* ne alius pro alienis debitis molestetur. Quod tamen intelligendum de jure naturali mero & absoluto, seu in thesi ut se habet ut plurimum.

Collisio princ.

Collidunt itaque hic diversa principia, juris civilis, naturalis & Prætorii: Illa per hoc corrigantur: propter publicam utili-

utilitatem commerciorum, medium corrigendi est jus temperatum s. benignum, & quidem jus justo æquius, 5. *Ethic.* 14. Sic namque & durities juris civilis mitigatur per anfractus, extra ordinem à Prætore *l.* 7. §. 1. *de I. & I.* & quod justum est in thesi, mutatur in hypothesi, & ratione circumstantiarum dicitur jus justo melius *d. loc.* unde & in jure præcipuum habetur ad speciem per circumstantias directum est.

Ex æquitate & utilitate commerciorum.

Ratio namque quare Prætor introduxerit has actiones contra jus civile, illa est, (1) quod æquissimum sit, eum obligari & conveniendum esse, qui suo nomine aliquem proposuit, quo cum contraheretur, & *cujus respectu* potissimum contrahitur, *cit. l.* 1. §. 2. 5. 19. *deposit.* idque juxta principia humanæ actionis ex potentiâ & voluntate agentium dependentia, *arg. l.* 15. *de O. & A.* optima maxima. (2) quod æquum sit eum qui præposuit teneri ex contractu, sicque ad incommoda, quia inde commodum habet, *arg. l.* 17. §. 1. *de Instit. act.* (3) quod jure naturali alter per alterum obligemur, sine distinctione rerum juris & facti quæ juris positivi) in hypothesi & ratione circumstantiarum quæ ut rem, ita jus variant, *l.* 16. *de pœn.* si constet de voluntate nostra v. c. mandato generali vel speciali. Hoc autem semper est inter exercitorem, qui magistrum præponit, & inter illum qui institorem: unde illa pro hoc ejusdem electione & præpositione obligari dicitur *in l.* 5. *h.* fidem suamque interponens. Quin (4) iniquum exsulit eos decipi qui cum præposito contraxerunt, ignorantes conditionem ejus: *d. l.* 1. §. 5. quam hîc ut aliàs requiritur *l.* 19. *de R. I.*) semper non possunt nosse propter necessitatem navigandi, non patiente pleniùs disquirendi spatium & deliberandi consilium, *l.* 1. *h.* Unde equidem non tam sponte, quàm necessitate cogente cum illis contrahitur, *arg.* §. 2. *de j. n. g. & c.* utilitate negotiorum exposcente, *d. l.* 1. §. 5. *h.* Totum verò negotium inter exercitorem & magistrum navis duobus actibus volendi continetur 1. quo nos obligamus (ergo illum) ratum habituros quicquid præpositus in tali negotiorum genere fecerit. 2. quo præpositum nobis obligamus ut salum ex præscripto agat. Cujus equidem summa est utilitas, quia ad *summam* Remp. pertinet navium exercitio m, *l.* 1. §. 20. *h. t.* Constat adeoque hinc has actiones juri naturali temperato ratione circumstantiarum ceu justo justiori innixas esse.

Sunt adjectitiæ.

Cæterùm quòd hæ actiones sint tantùm novæ & adjectitiæ actionum ordinariarum qualitates, rectè affirmat Autor *n. P. de Instit. act.* neque enim novi quid ab ordinariis habent præterquam quod ex facto alieno oriantur; nequicquam dissentiente Oldend. *class.* 4. *art.* 4. *n.* 8. Quæ verò adjectitiæ hujus qualitatis sit utilitas, optimè exponit D. Joh. Loccen. *de jur. marit. & nav. l.* 3. *c.* 7. *n.* 2.

Quid hæc actio.

Describi autem hæc Exercitoria potest. *actio adjectitia personalis, Prætoria, quæ datur ex contractu a magistro navis, ejus rei nomine cui is præpositus fuit gesto, in exercitorem navis, l.* 1. §. 9. *h. t.* Navis verò hic intelligitur sive marina, sive fluviatilis, sive in aliquo stagno naviget, sive schedia sit, h. e. navigium temerè confectum & inconditum, ut trabes connexæ & sine fabrica compactæ, quæ navigii præbent speciem, Nostris ein Floß/ vide *l.* 1. §. 6. *h. t.* Exercitor est Reeder/ Schiffsfreund.

Quomodo pater

N. IV. *Paterfam. an filiusfam.*) Parvi quidem refert an paterfam. sit exercitor, vel servus, nec interest ratione *utilitatis*; quia obventus percipere possunt & filiif. ac servi, interest tamen ratione *actionis*. Licet autem statuat Oldendorpius *d. act. n.* 3. in eum qui in aliena potestate est, navem exercentem, ni filiumfam. aut servum, non dari hanc actionem, sed vel in magistrum civilem, vel in patrem dominumve prætoriam; res tamen exactè perpensa longè aliter se habet. Et filiusfam. ut libera persona in solidum conveniri potest, text. diserto in *l.* 1. §. 22. *sub. f. h. t.* servus obligari nequit, *l.* 6. *C. de jud.* Quoad patrem & dominum distinguimus: vel servus & filiusfam. exercent, domino & patre ignorante, vel consentiente. Primo casu locus est contra dominum & patrem actioni de peculio. Altero, si consensus fuit tacitus, tributoriæ, si expressus, exercitoriæ, *l.* 1. §. 19. *& 23. h. t.* Vid. Petr. Peck. *de re naut.* & Arnold. Vinn. *in not. ibid.* Fr. Stypman. *de jur. marit. & naval p.* 4. *c.* 15. *n.* 198. *& seqq.*

vel dom. conveniatur ex contr. filiif. servi.

Est ex contr. cum magistro navis.

N. V. *Si quid cum magistro*) Ei datur qui contraxit, vel *cum magistro navis*, vel *quem magister sibi substituit*; quod facere potest etiam invito domino, vel prohibente, propter utilitatem navigantium, *l.* 1. §. 5. *h. t.* Sed Q. an detur illi quoque qui cum exercitore contraxit? Affirmat Old. *d. art. n.* 2. sed rectiùs negatur; est enim Prætoria in exercitorem competens, non propterea quòd ipse contraxit, sed quod alius, ex quo ipse obligatur. Dabitur itaque ubi ipse contraxit, non Prætoria (utpote extraordinaria) sed actio directa, & ordinaria, quæ aliàs ex illo negotio descendit.

Non verò cum exercitore.

Datur quat. propositum.

Præpositio enim dat legem) Unde si qui præpositus tantum est, ut vectores trajiciat, mutuum sumpserit, exercitor hac actione non tenebitur, *l.* 1. §. 12. *h. t.* sed directæ contra præpositum contrahentem locus erit, *l. f. h. t.* Addesis Do. Mev. *ad jus Lubec. p.* 2. *t.* 3. *a.* 6. *n.* 21.

Quomodo hic concurrat actio ex med. & immed.

Unaque solutione) Duæ hîc concurrunt actiones, sed electivè. Altera directa & civilis est, ex immediato contractu quem quis cum magistro aut ejus substituto celebravit, licet nomine exercitoris; altera Prætoria, ex mediato contractu magistri contra exercitorem, *l.* 1. §. 15. *h. t.* Unâ autem solutione hîc omnis tollitur obligatio, propterea, quod revera una tantum subsit, non duæ, & satisfactio sec. principia justitiæ, una, *arg. l.* 1. §. *pen. h. t.*

Actio exercitoria contra exercitoris contrah. cum magistro.

N. VI. *Extra ordinem*) Q. qualisnam sit hæc actio? Putat Bach. *in not. h.* ita succurri exercitori, ubi magister non est solvendo, per modum restitutionis, quæ est quoque sententia Rosenthalii & Manlii, citata Mevio *d. art.* 6. *n.* 18. 19. Sed vix est ut hic accommodari possint termini restitutionis, ideoque potius eum succurri ita per implorationem officii judicis, *arg. l.* 7. *mandat. l.* 17. *de reb. credit. arg. l.* 2. *de Inst. act.* adeoque tunc demum teneri exercitorem, quando Magistratus fuerit hoc nomine imploratus; non ipso jure; quod Prætor non possit tollere jus civile directò, sed per circuitionem, si coram eo querela interponatur de civilis juris iniquitate, *arg. d. l.* 7. §. 1. *de I. & I.*

* * *
* *

TITULUS II.

De Lege Rhodia, de jactu.

1. *Origo & dispositio L. Rhodiæ.*

AD maritimam negotiationem pertinet & lex Rhodia de jactu, quæ à potentib. olim in mari Rhodiis (quorum disciplinam navalem ad suam usque ætatem durasse testatur Cicero pro L. Manil.) introducta primum, observataque propter summam æquitatem ab omnibus navigantibus, usurpari deinceps pro lege maris cœpit, lexque Rhodiorum nautica appellatur. *l. pen. hoc tit.* Qua quidem lege cavetur, ut si levandæ navis gratia jactus mercium factus sit, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum jactumque est. *l. 1. h. t.* Æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas aliorum res consecuti sunt, ut merces suas haberent salvas. *l. 2. in princ. vers. æquissimum h. tit.*

2. *Exemplum contributionis: & quæ in contributionem veniant.*

Quod quo fiat dilucidius, exemplo declaremus. Cum in eandem navim varia mercium genera complures mercatores congessissent, prætereaque multi vectores, servi & liberi, navigarent in ea, tempestate gravi coorta, necessariò jactura facta erat. Quærita deinde sunt hæc, an omnes jacturam præstare oporteat: & si qui tales merces imposuissent, quibus navis non oneraretur, veluti gemmas aut margaritas: & quæ portio præstanda esset, & an etiam pro liberis capitibus dari oporteat: & qua actione ea res expediri possit. Placuit ex interpretatione legis Rhodiæ omnes quorum quid interfuisset [illegible] causa servatarum jacturam fieri, conferre oportere, quia id tributum, ex lege ob res servatas deberent. Itaque dominum etiam navis pro portione, quod navem habeat salvam, obligatum esse. Nam & econtrario, si quid ipse navis levandæ causa abjiciat, ut trabem, &c. contributio locum habet. *l. amissa. 5 in fin. hoc tit.* Agitatum etiam est, an vestimentorum cujusque & annulorum æstimationem fieri oporteat. Et omnium visum est, nisi si qua consumendi causa imposita forent, quo in numero sunt cibaria. Nec enim hæc unius, sed omnium gratia imponi videntur: eò magis, quod si quando ea deficiant, quod quisque habet, in commune conferre debeat. *l. 2. §. cum in eadem. 2. h. t.* Corporum autem servorum fit æstimatio, non etiam liberorum, nam nec potest quidem: *l. lib. homo, 13. sup. ad legem Aquiliam.*

3. *Qua actione ad contributionem agatur.*

Ex conducto igitur (nam in hanc Actionem bonæ fidei venit, Quicquid ex bono & æquo venire oportet) domini rerum amissarum cum nauta, id est, magistro agent, ut cæterorum merces retineat, donec portionem damni præstent: magister deinde cum reliquis, quorum merces salvæ sunt. Et quidem etiam si merces non retineat, agere tamen potest ad contributionem. Quid enim si vectores sint, qui cum nullas sarcinas majores habeant, annulorum tantum vestimentorumve nomine contribuere debeant: *l. 2. in prin. h. t.*

4. *Ratio inveniendæ contributionis.*

Porro autem pro æstimatione ac pretio rerum quæ salvæ, quæque amissæ sunt, præstari solet. nec ad rem pertinet, si eæ quæ amissæ sunt, pluris venire poterant: quoniam detrimenti, non lucri sit præstatio *d. l. 2. §. si navis, 4. vers. portio.* Sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, æstimatio debet haberi, non quanti emptæ sint, sed quanti venire possint. *d. §. si navis vers. sed in his* ac pretio rerum præsente, ne nimium graventur contribuentes. Quid enim si aspergine deteriores factæ sint, annon iniquum esset, & hoc damno & collationis onere quasi reb. integris dominum onerari. *l. 4. §. fin. h. t.* Contributionis autem ita subducere rationem possumus: Finge me & te singulos habuisse in navi merces, quæ valerent centum: Titium verò, quæ ducenta. Titius coorta tempestate, suas projecit, qua exoneratione nostræ servatæ sunt. Apparet damnum ducentorum factum, & Titium tantundem habuisse in navi quantum nos duos. Tantundem igitur damni sustinebit, nempe centum: nos illi singuli quinquaginta contribuemus. Pone contra, Titium quæ projecit valuisse quinquaginta, nos habere singulos salvas res in navi ad valorem centum. In collatione duplum præstare nos oportere, æquitas ostendit. Conferemus igitur quisque viginti. Titius decem sustinebit. Eodem modo facilè in similibus iniri potest contributionis ratio.

5. *Quando cesset contributio.*

Sed hæc tum demum locum habet, cum servandæ navis causa jactum est: id est, ubi jactus nave salva in tributum venit. *l. 4. in prin. & §. 1. hoc tit.* Nam hujus æquitatem tunc admitti placuit, cum jactus remedio, cæteris in communi periculo, salva navi consultum est. *d. l. amissa. h. t.* Quod si ante jactum vel in ipso jactu naufragium fiat, quod quisque ex eo servare potest, sibi servat tanquam ex incendio: nec amissæ navis mercium ve damnum collationis consortio sarcitur, *l. cum depressa. 7. l. amissa. 5. l. 4 hoc tit.* Quocirca etiamsi jactu navis levata, postea tamen tempestate pereat, nihil contribuendum est, nisi merces perditæ extrahantur. Contributio enim iniri, nisi salvis rebus, non potest: quib. perditis, perinde ab obligatione jactus liberantur vectores, atque debitores interitu speciei. *l. si ex legati causa. 23. de verb. oblig.* Quid autem si antennæ armamentave navis deusta aut corrupta sint, aliaque parare magister navis cogatur? nihil utique contribui debet, cum hic sumptus instruendæ navis magis quàm servandarum mercium causa fiat: ut nec fabro, cui locatum opus est, si malleum fregerit: neque aurigæ, cujus currus conductus est, si equum currumve ruperit, quippiam eo nomine debetur. *l. navis. 6. h. t.* Illud ultimo notandum, res jactas domini manere, nec fieri apprehendentis, quia pro derelicto non habentur. *d. l. 2. §. fin. l. qui levandæ 8. hoc tit. vide quæ dixi Instit. de rer. divis. §. penult.* Unde si quæ res jactæ apparuerint, restituentur domino, & collatio exonerabitur. *dict. l. 2. in fin. vers. si res.*

OBSERVATA.

Ratio L. Rhodiæ.

Æquissimum) Sed obstare videtur *text. in l. 14. de praescr. verb.* ubi dicitur, *non teneri eum qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit.* Verum intelligendum hoc respectu domini mercium, & si justa fuit causa ejiciendi, tempestas sc. Attamen magistro navis tenetur ex L. Rhodia ad contributionem; quod æquissimum sit, & cùm ipsius justitiæ principiis conveniens, *commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent, l. 1. l. 2. in pr. ad f. h. t.* Statutum autem sic fuit Romanis ex lege civitatis & insulæ Rhodiensis, inter alia navigandi solertiâ celebratæ. Gell. 7. 3. *ult. dist.* 2. Quæ ob æquitatis rationem (jure scripto longè antiquioris,) pro gentium jure in toto mari mediterraneo vigebat, *Strabo l. 14.* etiam jure Suedorum *c. 11. 13. de jur. marit.* receptu. Refertur ea in *l. 9. h. t.* illustrata nuper Seldeno, Jacobo Gotofredo, Petito, Salmasio, & novissimè Arnoldo Vinnio in not. ad Peck. *h. t.* Contributio

Avaria.

illa nobis dicitur Avarie/ vel Haverie (à Teutonico Haven) Avaria testantibus Statutis Hanseat. *de jure marit. art. 17.* & Hamburg. *p. 2. t. 16. §. 4. 7.* & vel communis est vel grossa s. grandis, *Leg. Wysbiens. 12. 20. 21. 61.* Deque Avaria in singulari tractatu agit Quintin. Weitzen *van avarien, Leidæ impresso anno 1617. cum decis. Curiar. Holl.* Cæterum quod in *d. l. 9. h.* Imperator dicitur *mundi dominus,* id commodè intelligatur *de parte mundi potissima i. e.* de terra: cui sic opponuntur res maris, Jacob. Gotofr. *d. l. c. 7.* Eadem lex eleganter probat, jus positivum non obligare nisi ex recepto, quæ & sententia Juliani in *l. 32. §. 1. de legib.* Aristot. 2. *Pol. 6.* Videsis Grot. *in flor. Spars. h. t.* & Autorem hic, qui legis hujus rationem diligentiùs quàm alias, explicata habet, laudante Do. Frantzkio *comm. ad h. t.* Illud observatu dignum, quod argumentum Legis Rhodiæ obtinere possit belli temporibus in illis, qui vel minores quàm debebant (sc. propter injustam taxationem vel professionem bonorum)

L. 9. h. t.

Extensio ejus ad mercium collectam.

rum) vel nullas, cum tamen exempti non essent, collectas solverunt, vulgò contributiones. Ut enim æquissimum est, commune detrimentum resarciri & ab his quib. merces salvæ relictæ sunt; ex d. L. Rhodia, *l. 2. h.* ita etiam æquum est, illos qui vel nihil aut minus penderunt collectæ nomine, retribuere illis qui solverunt, & ita universitatem tanquam navim, jactu fortunarum suarum conservarunt, *arg. d. l. 1. & 2.* Est enim intentio solventium ut communi saluti prospiciant. Vid. de his elegans Responsum JCtorum Marpurgensium de materia collectarum, *q. 1. n. 322. 340. & seqq.* Idem autem & de his, qui sumptus inhospitationis evitantes, quos ferre poterant, quandoque ex oppidis aut pagis aufugiunt, aliis qui ibi manent solis onera illa sufferentibus, statuendum existimo; aut si quis v. c. domum vigiliarum, aliàs corps de garde, solus, ut nonnunquam fit, exhibere cogatur, vel aliud solvat præsterve solus, quod ad singulos pertinet. Quemadmodum in puncto corps de garde à Senatu Aulico Ducatus Wolferbytani pro H. L. B. contra S. H. memini judicatum. Add. Dn. Mev. *ad jus Lubec. l. 2. art. 2. n. 71. & seqq.* Klock. *de contrib. c. 17. n. 286. & seqq.*

Ad sumptus inhospitationis.

N. V. *Nec fieri apprehendentis*) Quamvis autem in OstFrisia & Holsatia receptum, ut ejus sint res naufragorum in cujus territorio appulsæ? eædemque simili consuetudine Siciliæ, Angliæ & Italiæ, inter Regalia referantur, tamen in Imperio Romano hodie ejusmodi consuetudines, ut omni jure destitutæ, sublatæ sunt à Frider. II. Imp. *in Auth. navigia C. de furtis*, quam secutus est Carolus V. *in Constit. Crim. art. 219.* Gail. *1. obs. 18. n. 6.* ubi ait, contra hujusmodi consuetudines mandata sine clausula decreta, & in causa Consulum civitatis Hamburgensis contra Duces Holsatiæ esse judicatum. Principium hujus solidum est in *l. 8. h. t.* quodque actus abjiciendi hîc (licet mixtus, voluntarius tamen & quoad electionem, *arg. l. 3. Eth. 3.*) non sit directus in dominii amissionem sed contrariari videtur *l. 43. §. 11. de fur.* Distinguunt Dd. variè, verùm restringendus est textus *d. l. 43.* ad res ejusmodi projectas quas projiciens novit statim perituras, cujusmodi sunt libri & res similes, quæ humorem aquæ diu non ferunt. Vid. Gl. *in §. f. de R. D.* & confer de jure in fiscum cogendi bona naufragorum iniquo, Dn. Joh. Loccen. *de jur. marit. & naval. l. 1. c. 7. n. 9.* Franc. van den Zype *Notit. jur. Belgic. l. 8. de jurisd. p. m. 286.* Germanæ quoque hodie Legi Rhodiæ sunt leges maritimæ Wysbienses, quia eandem fermè authoritatem nunc obtinent: apud Transrhenanos populos, Resp. Hanseaticas, & in regnis Borealibus communi usu receptæ, & q. jure civitatis donatæ sunt. Statuta item nautica Suedorum, & Hanseaticarum civitatum ac Reip. Belgicæ hodie præ primis consulenda sunt, ubi materiæ ratio id exposcit, quia isti populi navigandi & commercandi arte præ cæteris florent, de quib. agit D. Loccen. *in præfat. & pass. in d. tr.*

Cujus sint bona naufragorum.

Rspl. l. 43. §. 11. de furt.

Lex maritima leg. Wisb.

TITULUS III. C. 4. 25.

De Institoria actione.

1. Quis sit institor.

TErrestres negotiationes per Institores exerceri solent, quos nunc Factores vocant. Institor autem appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: *l. 3. h. t.* estque is, qui tabernæ locove ad emendum vendendumve, qui ve sine loco ad eundem actum præponitur. *l. 18. h. t.* Taberna a tabulis, sicut Officina ab Officio ut [illegible]. Propterea tamen institorem eum dici putant, qui non ad certum genus negotiationis, aut ad certum locum, sed universæ negotiationi quælibet præponitur. *Bart. Jas. & Dd. in l. si institorem 29. ff. si cert. petat. Bald. in l. mandatum. nu. 9. C. manda. gl. in l. Julianus. 14. §. si procuratorem. ad verb. util. inf. de act. empt.* Nec verò mutat causam actionis, locus vendendi emendive. *L. 4. h. t.* neque qui domi merces vendit, ut uxor, ministe, propterea institor perhibendus est. *Castr. in l. 1. § est autem. hoc tit. Fab. in §. 2. Inst. quod cum eo qui in al. pot.*

2. Quæ actio, contra quos ex contractu institorum detur.

Ex institorum contractibus, puta emptione, venditione, permutatione, mutuo, dantur actiones empti, venditi, præscriptis verbis, certi condictionis, &c. quæ vocantur Institoriæ, quod ex institorum contractu non directo, & Jure civili (quo jure conveniri nequit personali actione qui se non obligavit. *§. 1. Inst. de actio.*) sed ex Edicto Prætoris in præponentem, quicum non est contractum, competant: *l. si quis mancipum 27. in prin. hoc tit. vide Paul. lib. 3. tit. 8.* & quidem in Solidum, *l. 5. in prin. hoc tit.* etiamsi tunc plures qui præposuerint *l. habebat. 13. § fin. cum l. seq.* quia æquum Prætori visum est, sicuti commoda sentimus ex contractu institorum, ita etiam obligari nos ex ipsorum contractibus, & conveniri, *l. 1. in prin. hoc tit.* quamvis, in rem versum esse nostram nihil probetur. *l. ult. sup. de exer. act. Dd. in l. certum. 27. sup. si cert. pet. Tiraq. in tract. pia caus. priv. 136.* Nec enim contrahentes ipsi debent, *l. sed si pupillus. 11. §. item si plures. 3. hoc tit.* qui fidem præponentis sequi videntur. *L. fin. inf. pro socio. l. si institorem. supr. si cert. pet.*

3. Ex quibus contractibus, & quando detur.

Non tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum qui præposuit: sed ita, si ejus rei gratia cui præpositus fuerit, contractum est. *l. cuicunque 5. §. non tamen. 4. l. pen. 1. fin. h. t. l. 3. C. eod.* Conditio enim præpositionis servanda est, *d. l. sed si pupillus. 11. §. conditio 5. h. t.* quæ certam legem dat contrahentium. *L. 1. § agitur. sup. de exercit. actio.* Unde si contractum sit cum [illegible] quo palàm proscriptum est ne contrahatur, aut extra formam præscriptionis: ut si [illegible] mutuo acceptis, dominus conveniri non potest, *d. l. sed si pupillus. 11. §. de quo palam. 1. d. l. 5. §. non* [illegible] *d. l. habebat. l. si cum villico. 16. l. pen. §. fin. h. t.* & exceptionem habet adversus agentem *l. si quis mancipum. 17. §. fin. h. t.*

4. Quamdiu dominus obligetur, sit ex contractu institoris.

Tamdiu autem tenetur dominus, quoad præpositio durat, quæ morte domini non finitur ut cætera mandata. *l. 1. recte quoque last. de mandato. l. inter causas 26. in prin.* [illegible] *dari.* sed propter utilitatem promiscui usus, & periculi causa ut inquit *l. C. l. pen. §. dominus. h. t.* & pax in hæredem, etiam pupillum, donec institori mandatum expressè revocetur. *l. si quis 17. §. [illegible]*

5. Quasi institoria actio.

Datur autem ad similitudinem institoriæ, utilis institoria actio, *l. & ideo. 12. l. habebat. 13. in pr. l. ut cum. 19. h. t. l. pen. C. eod.* & quasi actio institoria, cum ex contractu delictove quasi institoris agitur. *l. cuicunque. 5. §. item an h. t. Bald. in l. mandatum. 53. num. 3. C. mand.* Porrò universaliter. Quasi institor recte dici potest, qui non ad negotiandum, sed uni alicui negotio, aut certo facto præpositus est *d. l. in fin. ubi not. d. l. 5. §. idem. arr. gl. in l. Julianus. 14. §. si procurator verb. utile ff de act. empt. Bald. in d. l. mandatum. num. 3. & 4. Bartol. Jaso. & Dd. in l. si institorem. 29 ff. si cert. petat. Vide Imoc. & præcipue Imol. in princ & num. 21. 22. in cap. [illegible] extr. de fidejuss.*

6. An cum institore agi possit.

Quamvis autem ita cum præponente agi possit, tamen & institorem recte quoque conveniri [illegible] Dd. *Cast. in l. 1. §. exercitorem, 7. num. 4. de exercit. act. Jas. in l. si institorem 29. num. 2. ff. si cert. petat. Bald. in l. et qui servo, num. 2. C. quod cum eo qui in alien. potest.* durante vide hoc præpositionis si *L. fin. ubi not. h. t. Dd. in l. 1. §. est autem. sup. de exercit. act.* quemadmodum & cum magistro navis agi potest *d. l. 1. §. est autem.*

7. An dominus quoque et quomodo pro institore teneatur.

Domino autem qui præposuit, adversus contrahentes cum institore, nulla prodita est jure prætorio actio, *l. 1 hoc.* aliqua ad exemplum exercitoris. *l. 1 sup. de exercit. act. in pr.* quia facultas est remedii legitimi, quibus institorem convenire potest, aut acquisitis sibi actionibus, si institor in ejus sit potestate, aut cessis, *d. l. 1. h. t.* ut extraordinariis non habeat opus. Plane si aliter rem servare nequeat, Marcellus ait, dandam actionem ei qui institorem præposuit, in eos qui cum illo contraxerunt, *d. l. 1. in fin. & l. 2. h. tit. vide de hoc consil. 134.* Tum autem servare aliquem, quod institor cedere actiones non potest, vel quia absens, vel latitans, vel mortuus sine hærede be. Hoc enim casu necessitas nos eò producit,

ut

ut præponenti utiles actiones, perinde atque si ipse contraxisset, concedamus: *l penult. §. ult C. ad Trebell. l. Julianus. 13. §. si procurat. 12 de actio empt.* alioqui etsi solvendo non sit institor, tamen si cedere potest actiones, sicuti debet, quib. dominus rectè experiatur, minimè intelligitur rem servare non potuisse *l. 3. §. fi. vers. & sanè inf. l. 1. l. si quis alicui. 27. §. fin. inf. mand.*

8. *Perpetuas esse has actiones & directas.*

Novissimè autem sciendum est, hasce actiones esse perpetuas & dari Hæredibus, atque in hæredes: *l. novissime 13. h. t.* sunt enim rei persecutoriæ, illæque ipsæ, quæ ex contractibus directo dantur, puta ex mutuo, empto, conducto permutatione, &c. vocantur tamen Exercitoriæ, Institoriæ, de Peculio, & alias aliter, propter novam a Prætore qualitatem iis attributam.

OBSERVATA.

Institor quis.

N. I. ***Propriè tamen***) Institor (1) dicitur qui universaliter, h. e. cum generali mandato ad emendum & vendendum, negotiationi quæstuariæ est præpositus, sive tabernæ (banco, cassæ) sit præpositus, sive non, *l. 3. h.* volgò Factor / *l. 37. §. 1. de admin. tut.* Besold. *th. pract. lit. F. n. 2.* (2) Strictè, qui uni certæ negotiationi ad emend. vendendum, *l. 5. §. 1. seqq. h. t. l. 16. l. 19. eod.* Eodem pertinent juvenes qui in tabernis merces vendere solent, der Kauffleute Jungen und Ladendiener. Et hi enim ad id sunt præpositi. Unde nihil est quod uxorem vel ministrum vendentes hic exclusos copit Wesenb. Potest enim præponi servus, ancilla, puer, puella, *l. 5. §. 7. l. 7. §. 1. 2. l. 8. h. t.* Et in uxore eadem ratio existit ubi palam negotiationem exercet, *arg. d. l. 7. §. 1. & l. 8.* add. Paul. Christinæ. *3. decis. Belg. 27.* Qui verò à dominis in exteras regiones ablegantur, hodie in specie dic solent Factores: *vid. Besold. thes. pr. voc. Factor. Wesenb. h. Dec. cons. 310. n. 5. Elbert. Leonin. cons. 45.* Diversum autem est in famulo s. ministro conducto, Haußknecht / dominum qui non præposuit ad negotiationem, obligare nequiente sine mandato ejus speciali: nec non in uxore negotiationem palam haud exercente, de quibus intelligendi Castrensis & Faber hic citati. Vid. Dn. Mev. *ad jus Lubec. l. 3. l. 6. a. 5. n. 10. n. 14. 15.* Cæterùm ad summum Remp. pertinet navium exercitio, earumque utilitas; at institorum non idem usus est, *l. 1. §. 20. de exerc. act.*

Actio institoria quæ.

N. II. ***Ex institorum contractibus***) Est enim actio *in factum Prætoria, personalis, adjectitia actionis principalis, ex contractu institoris adversus dominum, qui eum negotiationi terrestri præfecit, ad præstandum id quod negotiationis causâ convenit.*

Creditor hic curiosus esse debet.

Quamvis in rem versum esse) Quamvis autem hoc non teneatur probare creditor, tamen aliquo modo curiosus esse debet, in re credenda, ut sciat eam quo, ex qua causa præposito contrahat, v. c. saltem necessariam esse mercis comparationem cui emendæ institor est præpositus. Nam sufficit si modò hoc crediderit, non etiam illud exigendum ut ipse curam suscipiat, quò in hanc rem pecunia erogetur, *l. ult. §. f. d. exercit.* Et hoc commune est huic actioni cum Exercitoria, quarum & alia sunt, explicata Bachovio *in not. hic* Gl. & Dd. *in d. l. f.* Christinæ. *3. decis. Belg. 23. n. 2.*

An ex mutuo institoris obligetur dominus.

Aut extra formam præscriptionis) Q. hic, *si institor accipiat pecuniam mutuo & det creditori chirographum, an per hoc dominum suum obliget?* Disting. inter institores negotiationi præstitutos, h. e. mandatum generale vel speciale habentes, in promovendis mercaturis, vel negotiis: (prout regulariter fit inter mercatores quibus in emporiis peregrinis solent esse Factores vulgò, rebus emendis, vendendis, vel mutuo sumendis pecuniis præstituti:) & inter ministros, famulos s. scribas, tali mandato carentes. Illi suo contractu dominum obligant, *l. 1. l. 19. h. t. l. 5. l. f. C. eod.* hi verò non item, quod mandatum ad hoc non habeant. vid. Speidelium *in Notabilib. Jurid. histor. polit. verb. Factor. n. 1.* Et hoc posteriori casu vix habet dubium. Verùm Q. si dominus famulo suo in mandatis dedit, ut suo nomine pecuniam in mutuo acciperet, an tum ex dato famulo chirographo creditori actio in dominum competat? Negat hoc pecuniâ realiter non numeratâ Joan. Herman. Stam *lib. 2. de servit. person. l. 2. c. 21.* Joh. Köppen. *q. 21. n. 3. & seqq.* D. Mevius *d. art. 5. n. 13 14.*

Hæredes post præponentis mortem tenentur ex contr. cum institore.

N. IV. ***Quæ morte domini non finitur***) Si quis enim post mortem præponentis cum Institore nondum mutato contrahat, hæredes præponentis conveniri possunt, *l. 17. §. 2. h. t.* Idque verum est, sive ignoraverit mortem qui contraxit, *l. 5. §. pen. h.* sive sciverit; cum enim institor q. mercatoris partes & vices sustineat, imputandum non est ei qui sciens præponentem esse mortuum, cum institore tamen contraxit. Nec movet, quod negotium illud inter institorem & præponentem, sit mandatum, quod morte domini finitur, *cit. §. idem l mandati.* quia (1) exceptio est in hacce mandati specie, cujus ratio posita in *d. l. 17. §. 2. est utilitas promiscus usus*, h. e. ne hæredibus auferantur ingentia commoda quæ ex actibus institorum ad dominos tedeunt, (unde & altera quando conveniuntur, subterfugere non debent) & ratio rationis est summa utilitas commerciorum (2) Negotium quod inter præponentem & institorem gestum, quandoque potest esse Locat. Conductio, quæ morte locatoris non finitur, *arg. l. 1. §. 18. de exercit. act.* Quid autem sibi velint verba ab Autore ex *l. pen. §. 1. in f. h. t.* adjecta, *periculi causa* meritò miratur Bachov. *in not.* neque enim huc quadrant, sed decisio hujus sumenda est, *ex d. l. 17. §. 2.*

Non datur hæc actio ex delicto.

N. V. ***Cum ex contractu delictove***) Sed rectè adnotat hic idem Bachov. præponentem ex delicto institoris non posse conveniri hac actione; *cum delinquens institor agat extra, imò contra formam præpositionis.* Neque officit *l. 5. §. 8. h. t.* quia ex eo quod dicitur ibi Libitinarium conveniri posse actione noxali furti, aut injuriarum, non sequitur. E. institoria conveniri posse dominum ex delicto institoris; cum actiones sint separatæ. Nam in *d. §.* quasi sive utilis Institoria datur contra dominum, non tam propterea, quod servus spoliaverit corpus, quàm quod non rectè curaverit spoliando. Illæ verò ex facto aut injuria competunt.

In Institorem est saltem durante officio,

N. VI. ***Durante***) Ex contractu cum institore non modò dominus conveniri potest institoriâ, sed & institor ipse directâ civili, *arg. l. 7. §. 11. ad Senat. Maced.* Salvo tamen contra mandantem (præponentem) regressu, aut ex bonis illius repetitione integrâ. Etiam obligatur sic durante præpositione magister navis civili directâ, ita ut creditori sit electio, utrum cū magistro directò agere velit, an cum exercitore præponente, *l. 1. §. 17. & pen. de exerc. act. l. 5. §. 1. eod. l.*

13. §. 2. *h. l. 4. c. eod. tit. d. l. 17. c. 1. ad Sen. Maced. l. 6. §. f. naut. caup. stab.* Quidni itaque & institor sic conveniatur? Unde mirari licet, quod scribunt multi, in praxi observari contrarium, h. e. *institores non rectè conveniri ex iis contractibus quos nomine institorio inierunt, sed in dominos actionem esse instituendam, nisi hi eos quos pro se gesserunt, pro institoribus non haberent,* ceu putat Christinæ. 3. *decis. Belg.* 33. *n.* 9. ex Angel. *in l. eandem. de duob. reis* inquiente, *factores licet mille literis se scribant debitores, propterea tamen non possunt conveniri, quod scribant nomine factorio.* Batt. *ad l. f. h.* Dec. *cons.* 510. *n.* 5. Jac. de Aren. *ad d. l.* Corn. 3. *cons.* 223. *in f.* Joh. Parlados. 2. *rer. quot. c. f.* §. 3. *n.* 3. Joh. Wurmbs. *nucl. contr. tit.* 7. *l.* 4. *contr.* 2. Textus enim aperti reclamant, vid. D. Carpzov. *pr. for. p.* 2. *c.* 20. *def.* 14. D. Mev. *d. art. n.* 5. 6. Verum id quæritur, *An Institor qui præponentis nomine contraxit, deposito quoque officio pro domino rectè conveniatur?* Affirmatur nonnullis & hoc, *arg. l.* 1. §. 17. *de exerc. act.* & *d. l.* 7. §. 11. *ad Senat. Maced.* ubi dicitur, quod filiusfam. institor conventus possit uti exceptione SCti; cui consequens, quod si is sui sit juris, ex contractu suo efficaciter conveniri possit. Contra verò id negatur, in *l. f. h. t.* Pro textibus conciliandis Dd. variè respondent; vid. Bach. *in not.* Sed placet Autoris distinctio inter præpositionem durantem & finitam, quam approbat quoque Ant. Fab. *in rational. ad l.* 19. §. 1. *de pecul.* Colet. *p.* 2. *dec.* 248. Dn. Mev. *ad jus Lubec. l.* 3. *t.* 6. *art.* 5. Ex illa & quamdiu illa durat, tenetur institor, ex hac verò non item; quod deposito officio & negotiatione, cesset etiam pereatque hæc actio, *d. l. f. h. t. arg. l.* 1. *C. qua ex fact. tut. l. ult. si quis cant. l.* 3. §. *in eum. de admin. tut.* Atque hæc est sententia Carpzovii *d. def.* 14. *n.* 5. 6. Mev. *d.* 4. *n.* 7. Quomodo ex facto consulti quoque responderunt Dn. Antecessores nostræ Facultatis Georgio Daurer Magdeburgum, anno 1637. 13. Sept. verbis: habt ihr euch von anno 1624. biß 1632. von E. E. Rahte der Statt Magdeburg für einen provisorem und Apotecker bestellen und gebrauchen lassen/ auch bey solcher provision bey unterschiedlichen Kauffherren zu Augßburg/Leipzeig und Hamburg in die 700. Reichsthaler weniger oder mehr Apoteckerwahren/ als ein provisor genommen; welche ihr auch in die euch anvertrawete Apotecke vertrawt und verbrauchet; und die Kauffherrn haben umb diese bewandnüß gute Wissenschafft allemahl gehabt. So seind dieselbe solches nachstandes halber euch als provisorem, nunmehr da die Apothecke in der Statt Magdeburg anno 1632. mit auffgangen/ zu belangen nicht befugt/ sondern sie werden an E. E. Rahte daselbst / als eure præponentes und principales, billig verwiesen. V. R. W. Quod si verò institor fortè proprio nomine contraxit, indubium est, quin deposito etiam officio efficaciter conveniatur, Carpzov. *d. l.* Eoque refero *l.* 67. *de proc.* per quam alioqui cum Duar. dissentit D. Perez. *C. h. t.* Losæ. *de jur. univers. p.* 3. *c.* 7. *n. f.* Zœs. *h. n.* 3. & 4. conferri quoad cætera meretur Dn. Christoph. Marci *de obligatione institorum* & Sim. à Grœnevvegen *de Legibus abrog. ad l.* 13. *h. t.*

Quomodo consulatur domino contra contrahentes cũ institore.

N. VII. *Alioqui etsi solvendo non sit)* Dominus potest petere ab Institore sibi *cedi actiones*, vel *uti extraordinaria actione, ex l.* 1. & 2. *h. t.* contra eum qui eum institore contraxit. Q. *An hæc actio extraordinaria præponenti detur, etiam cum institor non est solvendo quidem, actiones tamen cedere potest?* Negat hoc Wes. at Bachov. *in not. h.* affirmat *arg. l.* 1. §. 18. *de exercit. act.* Verum defendi Wesenb. potest (1) quod extraordinarium juris beneficium non detur, ubi ordinario locus esse potest, *l.* 16. §. 1. *de minor.* (2) Quod in terminis hujus actionis extra ordinem detur remedium præponenti, quando rem suam aliter servare nequit, *l.* 2. *h. t.* sed ubi cedere potest institor actiones, præponens res suas servare potest; quia cessis actionibus ipsi integrum est, agere contra eum, quo cum contraxit.

TITULUS IV.

De Tributoria Actione.

1. *Quare vocetur hæc actio tributoria, & quid in ea veniat.*

EST cum non alieno nomine terra marive negotiationes exercentur, sed proprio, ab iis tamen qui in aliena sunt potestate: quam etiam ob rem videre licet novis qualitatibus actiones interdum variari. In potestate autem aliena sunt servi, & filiifamilias. De servorum contractib. prodita est actio Tributoria, seu Distributoria, à tribuendo sive distribuendo dicta. Nam si servus in peculiari merce, id est, ea in quam Dominus sciens volensque servo permittit proprio nomine negotiari, versetur, & quid cum eo ejus rei gratia contractum erit, ita Prætor jus dicit: Ut quicquid in his mercib. existet, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur.

2. *Cui, de quibus rebus, adversus quos detur.*

Ideoque Tributoria vocatur hæc actio, qua ejuscemodi distributio fieri petitur. § *introduxit. Inst. quod cum eo qui in alien. potest.* Permittit enim Prætor domino potestatem distribuendi, ut merces vel pretia earum inter creditores partiatur, *l. procuratoris* 5. §. *sed est quæsitum.* 3. *hoc tit.* Quod si dominus hanc suscipere molestiam nolit, arbitrum Prætor dabit, cujus interventu merces peculiares tribuantur. *l. illud.* 7. *in princ. vers. quid tamen hoc sit.* Sed & si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei sit tributum quam oportuerit, hanc etiam ei actionem Prætor accommodat, in eum cujus id Dolo malo factum erit, ut quanto minus tributum sit quam debuit, præstet: quæ actio dolum malum domini coercet: *d. l. illud.* §. *si cujus.* 1. Hujus autem Edicti non minima est utilitas, ut dominus qui alioqui in contractibus & bonis servi privilegium habet, (quippe cum de peculio duntaxat teneatur, cujus peculii æstimatio deducto eo quod domino debetur, fieri solet, *l. sed si dominum.* 9. §. *præterea inst. de pec.*) tamen si sciat servum in peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor, nulla deductione facta ex hoc Edicto in tributum vocetur. Quæ de servo dicta sunt, obtinent & in filiofamilias: *in prin. Inst. quod cum eo qui in alien. pot.* utitur enim verbo Potestatis Prætor, quod ad omnes qui sunt alieni juris, porrigitur, *l.* 1. *vers. potestatis. h. t.*

3. *Edictum prætoris.*

Edictum ejuscemodi fuit: SI IS QUI IN ALIENA POTESTATE ERIT, EO SCIENTE IN PECULIARI MERCE NEGOTIATUS DICETUR, ATQUE IS EI IN CUJUS POTESTATE ERIT, ET ALIIS CREDITORIBUS QUID DEBUERIT, UT QUOD IN MERCIBUS PECULIARIBUS ERIT, QUODQUE EX IIS ERIT RECEPTUM, PRO RATA PORTIONE SINGULIS TRIBUATUR, JUDICIUM DABO. SI CUJUS DOLO MALO FACTUM ERIT QUO MINUS TRIBUATUR, UT QUANTO MINUS QUAM DEBUIT, TRIBUTUM SIT, PRÆSTET, JUDICIUM DABO.

OBSER-

OBSERVATA.

Ad quos referatur haec act.

N. I. *De servorum contractibus)* Hic, ut & in *pr. tituli seq.* affirmat Wesenb. hanc actionem propriè esse de contractibus servorum: at *inf. n. 2. h.* ait: obtinere & in filiusfam. Posterius verum est, per *l. 1. §. 4. h. t.* ubi dicitur, quod verbum potestatis, quo in edicto suo utitur Prætor, ad omnem sexum, item ad omnes qui alieno juri subjecti, sit porrigendum. Est autem hæc actio *in factum Prætoria, quæ ex contractu servi vel filiifam. qui sciente domino vel patre in merce peculiari est negotiatus, contra dominum competit, quandoque ad distributionem peculii inter dominum vel patrem & reliquos creditores, pro rata faciendam, quandoque ad distributionem volente domino, sed iniquè factam, corrigendam & exaquendam, l. 1. h. t. l. 5. §. 4. eod.* Conf. Bachov. *in not.* Et est ergo hujus eadem æquitas quæ tributoriæ & exercitoriæ; ut enim in iis præponens obligatur ex actu præpositionis, unde voluntas apparet: ita & hic dominus vel pater ex peculii mercisve peculiaris concessione: hactenus enim præpositio & concessio æquipollent, suntque actus voluntatis significativi. Idem in jussu speciali est, unde actio quod jussu. Alia ratio est actionis de in rem verso, vid. not. *ad ill. tit. & ad t. de exerc. act.* Tributum hic dicitur quod inter creditores servi negotiantis & dominum, cui idem servus quoque debet, tribuitur, h. e. distribuitur pro rata ejus quodcunque debetur. Merx peculiaris, in qua dominus vel pater permittit servum vel filiumfam. proprio nomine negotiari, ut si ex pecunia peculiari quis exerceat negotiationem pannorum. Differt hæc merx à merce dominica, in qua servus nomine alieno, sc. domini sui negotia gerit. Hac itaque actione non distribuitur totum peculium, sed tantùm merx illa peculiaris, *l. 11. h. t.* Ea qua colligenda est differentia peculii & mercis peculiaris, actionis item de peculio, & tributoriæ. Expedit tamen aliquando agere de peculio, quando sc. constat, vel patri nihil deberi, vel adesse tamen amplum peculium; tunc enim licet dominus debitum suum deducat, creditor ex cætero suum consequi poterit. At tributoria dividit tantùm quod in mercibus est, in quibus non semper totum peculium, sed quandoque dimidia tertia vel minor ejus pars. Cæterum hodie tributoria non obtinet, cum servos non habeamus, filii autem familias negotiantes pro emancipatis habeantur, & suo nomine teneantur. Sequitur hinc, illud quod habetur in *l. 5. §. 15. & 16. h. t.* de pluribus creditoribus separatis, & duabus tabernis ejusd. negotiationis hodie inter mercatores non obtinere. Mornac. *h.* Gruenevveg. *ad dd. ll.* Licet dissentiat Benev. Straccha. *de decoct. t. ult. n. 20. cum seqq.* & Bernh. Autumnus *confer. du droict & cens. Gall. h. t.*

Quid sit.

Principiũ hujus actionis & similium.

Tributoria.

Merx peculiaris.

Dominica

TITULUS V. C. 4. 26.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

1. Continuatio tituli.

SUperius edictum propriè de servorum contractibus loquitur: hoc cum sequente S. C. ad Filiosfam. pertinet, qui in patria potestate constituti contraxerunt, non ad servos, quibus cum manumissis de contractu in servitute gesto nulla est actio. *tot. tit. C. an servus pro suo facto post manum. teneatur'* Ait prætor.

2. Edictum.

IN EUM QUI EMANCIPATUS AUT EXHÆREDATUS ERIT, QUIVE ABSTINUIT SE HÆREDITATE EJUS, CUJUS IN POTESTATE CUM MORERETUR FUERIT, EJUS REI NOMINE QUÆ CUM EO CONTRACTA ERIT, CUM IS IN POTESTATE ESSET, SIVE SUA VOLUNTATE, SIVE JUSSU EJUS IN CUJUS POTESTATE ERIT, CONTRAXERIT, SIVE IN PECULIUM IPSIUS, SIVE IN PATRIMONIUM EJUS CUJUS IN POTESTATE FUERIT, EA RES REDACTA FUERIT, ACTIONEM CAUSA COGNITA DABO IN ID QUOD FACERE POTEST. *l. 1. in prin. h. t.*

3. Ejus explicatio.

Hujus edicti sententia hæc est. Filiusfamilias qui in potestate constitutus contrahit, rectè contrahit & obligatur suo nomine: *l. filiusfamil. 39. de actio. l. tam ex contractibus. 57. de jud.* ideoque etiam post emancipationem aut alio modo potestatem solutam, obligatus manet & conveniri potest ex edicto. *l. 2. fin. de cap. dimi.* Sed tamen si post contractum emancipetur, aut exhæredatus fuerit, vel abstinuerit hæreditate paterna, æquum visum est, eum non in Solidum conveniri ex ea obligatione, cujus utilitas alteri, nempe patri, esset acquisita, sed solum in id quod facere possit, ut hoc temperamento adhibito & creditores suum consequantur, *l. 1. h. t.* & non nimis gravetur eo contractu filius, unde nullum emolumentum percepit. Nam cur hoc ei decoegetur, cum si adhuc vivo patre, cujus in potestate esset, condemnatus fuisset, in emancipatum vel exhæredatum postea judicati actio quantum facere posset, tantummodò daretur? *l. 3. in prin. h. t.* Dico, Exhæredatum: nam si hæres sit, aut bonorum possessor, vice hæredis in solidum convenitur, *d. l. 5. §. 1. l. pen. h. t.* saltem quod ad quantitatem paternorum bonorum, quæ hæreditario jure accipiuntur, pertinet. Hoc autem Edicto soli filio succurritur, non ejus hæredi: *l. 4. §. fin. h. tit.* quia beneficium eorum, qui in quantum facere possunt, conveniuntur personale est. *l. secundum. 25. de re jud.* In quantum autem facere possunt, intelligimus hic, non deducto ære alieno, nisi privilegiatorum creditorum, & eorum qui post emancipationem contraxerunt, *l. 3. h. t.* sed deducto ne egeat. *l. in condemnatione. 173. de reg. jur.* Quod beneficium ad evitandam carceris molestiam, bonorumve cessionem, quam alioqui etiam filiifamilias facere coguntur, *l. cum & filiifamil. C. qui bon. cedere possunt.* prodest. *l. 1. ubi Bald. Sal. C. qui bon. ced. poss.*

OBSERVATA.

Quom. filiusf. obligetur.

N. I *Hoc cum seq. SCto ad filiosf.* Principii loco notandum est (1) quod filiusfam. etiam jure civili, ordinariè ex omnibus causis & contractibus tanquam paterfam. obligetur, ipse quidem in solidum, pater verò, quatenus est in peculio, *l. 39. de O. & A. l. 44. de pecul. l. 57. de judic.* Excipitur mutuum, ea quo dicto jure civ. nec filiusfam. nec pater tenetur, *l. 9. C. h. t.* & Votum, *l. 2. §. 1. de pollic.* (2) Obligatur filiusfam. jure positivo quoad actum primum (ratione vinculi, quod in filiof. quà persona est, *arg. pr. l. de obl.* potest consistere) & statim, nam executio actionis, quamdiu in potestate est, differtur, quod nihil in bonis habeat. Gl. *in le. pen. qui bon. ced.*

N. III. *Cujus utilitas alteri)* Competit hæc actio quidem ex negotio filiif. sed *q. alieno, patris sc.* Nam etsi filius verè contraxit, tamen *ratione utilitatis habetur ac si ipse pater contraxisset.* Etenim licet pater ultra peculium non tenetur, tamen illi qui

Est hæc actio ex negotio q. alieno.

Ejus æquitas.

cum filiof. contrahebant, *inprimis respiciebant casum, quo filiusf. sui juris factus fuisset vel emancipatione, vel morte patris.* Utroque enim casu bona accipiebat, emancipatione sc. facta peculium, morte verò patris ejusdem bona. Hinc si post contractum emancipatus sit aut exhæredatus, vel hæreditate abstinuerit, potest quidem cum effectu conveniri; sed nonnisi quatenus facere potest, qua locupletior factus est, ex obligatione, cujus utilitas alteri (patri scil.) erat acquisita, *l. 2. h. l. 2. C. eod.* Atque in hâc restrictione æquitas hujus actionis consistit. Duo enim extrema sunt, *filiumf. ad nihil omnino teneri*, (quia eo tempore contraxit, ubi bona nulla habuit, neque ejus ex contractu utilitas fuit) *& in solidum conveniri l. 2. ff. de cap. min.* Medium est, teneri in quantum facere possit; quia nihilominus sese obligavit, quod urgebant creditores; nec nimium gravandus erat, cum nec sit factus locupletior. Negotium autem cum filiofam. dicitur gestum, quando cum ipso contractum est, quia negotium hic accipitur, pro quolibet contractu, *l. pen. quod juss. l. 10. l. 21. de hæred. vend.*

Quid hic negotium

Extrema 2.

Duob. mod. cum filiofam. contr.

Contrahitur autem cum filiofam. ferè duobus modis (1) ita ut ipse alium sibi obliget, (2) quando ipse se obligat aliis, e. g. cum stipulanti aliquid promisit, ex empto, vendito, locato conducto, &c. debet. De priori contractus genere hic non agitur; quia ejusmodi obligatio statim patri acquiritur; per eum enim qui in potestate est acquirimus, sed non amittimus, *c. per quas pers. nob. acqu.* altera verò huc quidem pertinet, sed licet descendat ex contractu ipsius filiifam. tamen est, uti dixi, q. ex alieno, patris, cujus bona accessura filiofam. respexerunt cum eo contrahentes, & quod contractus filiifam. præsumatur factus in patris utilitatem; vid. Bachov. *in not. h.* qui hæc aliter explicat.

TITULUS VI. C. 4. 28.

De Senatusconsulto Macedoniano.

1. Origo S.C.

SED quod dictum est, filiosfamilias ex contractu suo posse conveniri, interdum non obtinet, propter Senatusconsultum Macedonianum, quod temporibus Vespasiani factum creditur: *Suet. in Vesp. c. 11.* quamvis etiam ante apud Romanos, *Plaut. in Pseud. vide Paul. lib. 2. tit. 10.* ex lege Solonis ejus sententia in usu fuisse videtur. Verba S. C. hæc sunt.

2. Verba S.C.

Cum inter cæteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, & sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet: (id est, adscripto solum nomine debitoris in Calendario, neque expressa causa in quam mutuum datum esset, ut sic nihil amplius dici scirive possit, quam in rem pecunia esset mutuo data) placere, ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, Actio Petitioque daretur: ut scirent qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri *l. 1 h. t.*

3. Ratio.

Huic S. C. causam dedit, ut solent ex malis moribus bonæ oriri leges, improbus fœnerator Macedo (unde & Macedonianum appellatum) qui flagitiosè adolescentibus filiisfam. pecuniam ad quemvis luxum, incertis hominibus credebat: sic ut tandem ære alieno obruti in quodvis flagitium, ac mortis etiam paternæ cogitationem impellerentur, quo hæreditatem ipsi egenies creditoribus concedere possent, *§. pen. Instit. quod cum eo qui in al. pot.* Cui malo salutare remedium hoc S. C. inventum est. Melius est enim coarctari juveniles calores, ne cupidini dediti, tristem sentiant exitum, qui eos post dispersum expectat patrimonium. *l. fin. §. ipsum vers. melius. C. de bon. quæ lib.*

4. Quibus S. C denegetur actio ex mutuo.

Qui igitur mutuam dat filiofam. pecuniam, is ne post mortem quidem patris illum convenire potest, propter hoc S. C. cujus verba breviter explicando percurramus. PLACERE NE CUI: non solum ei qui mutuam pecuniam dedisset, sed & successoribus ejus & sociis deneganda est actio: *l. item. 7. §. non solum. 4. hoc tit.* neque interest, privatus an civitas crediderit, *l. nihil interest. 15. hoc tit.* dummodo creditor sciat aut scire possit, *l. qui cum alio. 19. de reg. jur.* filiumfam. esse cui credebat. *l. pen. hoc tit.* Nam si justa simplicitate deceptus sit, ut quia is se patremfamilias affirmavit vel simulavit: *l. 1. C. eo. l. 3. e. t.* aut ætatis beneficio excusetur, ut si minori minor mutuo det, cessat S. C. *l. 3. hoc tit. l. 1. 2. C. eo. l. verum. 11. § fin. de min.*

5. Qui filiusf. S. C intelligatur.

Additur FILIOFAM. utriusque videlicet sexus, *l. sed si 9. §. hoc S. C. h. t.* cujusvis etiam dignitatis: *l. 1. §. fin. h. t.* nisi fortè Castrense peculium habeat;

6. In mutuo duntaxat S. C. locum habere.

In quo S. C. cessat, usque ad quantitatem peculii, cum in eo filiifamilias vice patrumfamilias fungantur: *l. 1. § fin. l. 2. hoc tit.* Sequitur, MUTUAM PECUNIAM DEDISSET. Is igitur solus S. C. offendit, qui mutuam pecuniam filio dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, permutavit &c. Pecuniæ datio enim, quæ instrumentum est ad omnem luxum & nequitiam idoneum, ac verò (ut dicitur) irritamentum malorum, perniciosa parentibus visa est: *l. 3. §. is autem. h. t.* ne ære alieno obruti filii, in eorum quid necem machinarentur, & ante diem patrios in annos inquirerent. Quod non adeo timendum est in cæteris contractibus, quibus res commutantur, nec altera pars exhauritur: quia etiam quæstui ac lucro ejusmodi permutationes filio esse possunt. Et ideo si vel creditum alii filiofam. ex causa tamen emptionis, vel alio contractu, & stipulatus sum, licet cœperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniæ numeratio ex mutuo non concurrit, cessat S. C. *d. l. 3. §. is autem.* Origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est, *l. 3. C. eod.* Quod ita demum erit verum, si non fraus S. C sit cogitata, & qui credere non potuit, magis ei vendidit, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. *d. l. 3. §. pen.* Provide enim cautum est, ne mens S. C. circumscribi posset. Unde quamvis verba ad numeratam pecuniam solum referantur, tamen si fraus quæsita sit, puta frumento, vino mutuo dato, aut aliis rebus venditis, ut his deinceps distractis uteretur pecunia, subveniendum est. *d. l. item. 7. § mutui. 2. h. t.* Eadem ratione licet filiusfam. ex sponsione teneatur, *d. l. item. 7. in prin.* tamen si color quæsitus sit, ut filiusfam. qui pecuniam accepisset, fide juberet alio dato reo, fraus S. C. facta nocet, & danda est exceptio tam filiofam. quam reo: qui cum non acceperit pecuniam, effectu fidejussor est. *l. quamvis 8. §. si cum essem. infr. ad Velleianum.*

7. Ad quos beneficium S.C. porrigatur.

Fidejussori autem filiifamilias etiam subvenitur: quod nisi fieret, cum is regressum contra mandatorem habeat, facilè liceret S. C. circumvenire. *l. sed si paterfam. 9. §. non solum. 3. h. t.*

8. Quibus casibus cesset S. C.

Quin & patri subvenitur. *l. pen. C. eod. d. §. non solum.* & hæredi. *d. l. 7. §. quanquam. 7.* Si tamen filiusfam. aut voluntate patris contrahat, aut pater ratum contractum habeat, aut in eam rem pecuniam filius accipiat, quæ patris oneribus incumbit, vel in sua potestate constitutus debitum agnoscat, novando aut solvendo, cessat S. C. *l. 2. 4. l. fin. C. eod. d. l. 7. §. interdum. cum seqq. d. l. sed. si paterfam. l. si tantum. 12. cum simil. h. t.* Unde si filiofamilias studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret, pecunia credatur, locum non habet S. C. quia in rem patris versa intelligitur. *l. 5 C. eo.* Quod verum est, si modum in mutuando non excessit: id est, eam quantitatem, quam pater subministrare solebat.

9. Actionem denegari S.C. effectu tantù, videlicet opposita perpetua exceptione.

ACTIO PETITIOQUE DARETUR, in fine est additum: quod accipiendum est de effectu *l. pen. C. eod.* Cum enim mutuo contracta sit obligatio, *l. quæ naturalis. 10. l. creditorem. 18. h. t.* certum est oriri jure actionem (posita enim causa, ponitur effectus) sed quæ exceptione S. C. elidatur. *d. l. 7. in prin. & §. 1 cum sequ. l. tamen. 11. hoc tit. l. qui exceptionem. 40. sup. de cond. indeb.* Quamobrem jus agendi habere creditor non videtur, qui perpetua exceptione removeri potest. *l. nihil. interest. 112. l. non videtur 13. de reg. jur.* Ac verisimile est, olim Prætores ex S. C. petitiones hoc nomine denegasse, quamvis ipso jure ex obligatione exoriſsent. *l. licet. 42. §. 10. de procurat.*

OBSER-

OBSERVATA.

Origo SCti.

N. I. *Vespasiani*) Petrus Fab. 1. *semest. ult.* putat hoc SCtum esse latum Claudio IV. & Vitellio III. Coss. Anno V.C. 799. quem sequitur Gothof. *rubr. h. tit. m.* Sed contrarium testatur Sueton. *in Vesp. c.11.* Quamvis enim & tempore Claudii aliquid de eadem re cautum fuerit, juxta Alex. 1. *genial. dier. 7.* hoc tamen SCtum, quo plenè huic negotio prospectum, tempore Imper. Vespasiani factum est, quo de videsis Anton. Augustin. *libr. de legib. & senat. in Senat. Maced. p.212.* Duaren. *h.t. c.1.*

Quid h. incertis nominibus credere.

N. II. *Incertis nominibus*) Incertis nominibus credere in *l. 1. h.* præcipue est, ita credere, ut non constet quo tempore pecunia sit reddenda, Gotofr. *in d. l.1. lit. n.* Hoc enim fœnerator Macedo solebat facere in fraudem ejus, quod de mutuo non dando filiof. tempore Claudii jam cautum fuerat, ut nesciretur tempus exigendi, sicque etiam post mortem patris repetendi facultas esset. Hinc ergò eveniebat, ut filiifam. non rarò cogitarent de insidiis vitæ parentum struendis, sicque lucrando tempore illo quo se debito exonerarent, *§. pen. l. quod cum eo q. in al. pot. est.* Aliquando incertis nominibus credere est concedere pecuniam non expressâ causâ debendi: quandoque & aliter accipitur, sed quorum nullum huc quadrat.

SCti sententia.

Cæterum sententia SCti hæc est: Filiofam. prohibitum sit dare pecuniam mutuam, sine consensu patris ejus. Si detur, actio elidatur per exceptionem à filio, ejus hærede, fidejussore: quin & à patre, convento de peculio: vid. *l.3. §.3. l.7. §.7. l.9. §.3. & 4. l.11. 10. 14. 18. l.6. l. pen. C. eod.* Quæri hinc potest, *quanam ergo sit filiusfam. ita mutuantis ad restitutionem obligatio?*

An filiusf. mutuans pecun. obligetur naturaliter.

Molina *de I. & I. disp. 301. n. 2.* censet, eum neque civiliter obligari neque naturaliter, seu nexu conscientiæ; quod per SCtum Maced. justè & utilitatis publicæ causâ constitutum sit, ne obligetur, lex autem justa vim habeat in foro conscientiæ. Idem vult Johan. de Lugo *disp. 25. sect. 1. n. 3.*

Affirmatur contr. Molinã.

Verùm rectiùs dicitur filiumf. seclusio quidem jure civili, naturaliter obligari, cum consensum habeat. Quod diserte quoque agnoscitur jure Romanorum, *l. 10. h.t. l.9. §. f. eod.* quo non inhibitum filiof.am. ne solvat, sed concessum, ut, si velit, excipiat, quod ipsum verò supponit obligationem præexistentem. Atque utilitati publicæ prohibendoque fœnori, sive etiam insidiis parentibus non struendis satis cautum fuit, si filiusfam. civiliter non obligaretur. Quæ etiam, nec alia, Romanis mens fuit, *arg. l. 40. de cond. indeb.* Hinc filiumfam. mutuum accipientem teneri in conscientia ad restitutionem, affirmat, & rectè Filliuc. *tr. 34. c. 10. nu. 222. in f.* Mutuum reddendum est naturali & interna ratione, ne qui illud haud facit, injustus sit & pluris usurpator. Idemque inde colligere est, quod si solvit mutuum filiusf. non possit repetere, quod debitum naturale præsupponit, licet civiliter sit indebitum *l. 7. § f. l. 9. ad Senat. Maced. l. 40. de cond. indeb.* Alii id concedunt, modò creditor pecunias ad luxum & profusionem sciens non subministraverit. Vid. Covar. *ad c. quamvis, de pact. in 6. n. 2. §. 3. num. 5.*

Nec pugnat cum hoc SCto.

Dicam, subesse hic præceptum juris nat. in communi, h. e. *de mutuo reddendo.* At jure Romano (utpote civili & positivo) id determinatur ad particulares modos, & alias circumstantias quæ non cadunt sub legem naturalem, exemplo depositi restituendi, *in l. 31. depos.* ob Reip. quam Maj. prævidet utilitatem, sec. politica princ. omni rectæ Reip. familiaria, *3. Pol. 6. in f. 5. Eth. 3. & 5.* Determinationes autem ejusmodi non contra jus naturale sunt, sed juxta vel præter, fatente ipsomet Molina *disp. 4. tr. 1. disp. 10.* Neque etiam pauci existunt casus quibus filiusfam. utroque jure efficaciter adstringitur, recensiti nobis *infr. n. 8.* Extra hos itaque ad restituendum non tenetur sed retinere potest, jure quoque naturali non repugnante. Nam SCtum Maced. licet ratione externâ nitatur, ut mox dicemus, justum est: ideoque & filiif. etiam in conscientia sunt tuti, exceptionem Macedoniani opponentes, per notat. *ad tit. de legib. n. 7.* Atque hæc sententia etiam videtur Gomezii *2. var. res. n. 2. v. ex quo.* D. Perezii *in C. h. n. ult.*

Macedo fœnerator fuit.

N. III. *Improbus fœnerator Macedo*) Constat hoc satis ex *l. 1. h. t.* & historiis, ideoque fides nulla habenda Theophilo in *d. §. pen.* asserenti Macedonem fuisse filiumfam. luxuriosum.

Causa SCti.

Ac mortis etiam paternæ) Contendit hic Autor explicare causas hujus SCti, sed ex principio minùs accurato; Vera & principalis causa est *odium fœneratorum*;

Principalis.

hi enim hoc SCto coercentur, publicæ utilitatis causâ, *l. 1. ibi: ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, h.t. l. 40. de cond. indeb.* ne sc. filiifam. deti audentur, corrumpantur, *d. l. 1.*

Minus principalis.

Causa verò, minus principalis est *favor parentum*, h. e. ne filiifam. vexati continuò fœneratoribus, nec habentes unde solvant, insidias struant vitæ parentum, quò ipsorum bona acciperent & sic creditoribus satisfacerent. Dissentit post alios Molin. *d. disp. 301. n. 1.* Johan. de Lugo *disp. 25. sect. 1. n. 3.* quod principalis causa sit favor parentum; quo facit, *arg. l. 2. l. 4. h. t.* ubi dicitur, si voluntate patris credita sit pecunia, cessare hoc SCtum. Verùm hujus ratio non est, quod hoc in favorem parentum principaliter sit introductum, sed quod patre in mutuum filii consentiente, cesset odium fœneratorum & filii corruptio.

Externa.

Cæterum quod bene notandum, ratio hæc non naturalis & interna sed civilis & externa est, ab odio fœneratorum & publica utilit. desumpta, propter fraudes fœneratorum vitandas. Quæ licet externa, tamen internæ illi de mutuo reddendo hic prævalet, ut sæpe fit, ratione circumstantiarum.

Non potest SCto renunciari.

Et hinc dependet quoque decisio quæstionis. *An filiusfam. huic SCto possit renunciare?* Quod negatur, propter dictam rationem publicæ utilitatis, *junct. arg. l. 7. §. 14. de pact. l. 11. h. t.* ubi Dd. communiter, Zang. *de except. p. 3. c. 10. n. 24. in f.* Diss. Lindem. *in synops. exeg. de contr. mut. c. 1. th. 52.* hoc potissimum argumento, quod filiusfam. solvendo, pignori dando, debitum agnoscendo, simili ve modo hocce beneficio se privare possit, *l. 7. §. f. l. 9. h. t. l. 40. de cond. ind.* Verùm distinguendum est inter *renunciationem* hujus beneficii quæ fit à filiofam. contra SCtum, & inter *solutionem s. satisfactionem* creditæ pecuniæ, quæ fit ab eodem quando factus sui juris. Per hanc se privare potest filiusfam. suo beneficio. Ratio est, quia renunciatio, ceu pactum liberatorium, hoc casu jure civili non obligat, sed planè pro nullo habetur, *arg. l. 7. §. 4. de pact.* At solutio facta, novatio, pignoris datio &c. sortiuntur hic effectum, quod filiusfam. naturaliter sit obligatus. *l. 10. h. l. 16. §. 4. de fidejuss.* Unde prædictis casibus cessat SCtum, non propter renunciationem, sed propter naturalem, quæ subest obligationem. Altero casu tamen si qui adhuc filiusf. solvit ex bonis adventitiis, pater pecuniam extantem potest vendicare, *l. 9. §. 1. h. junct. l. 16. §. 9. de cond. indeb.* & cõsumptam condicere, *dd. ll.*

Nec jurato.

Verùm quæritur, *an valeat eadem renunciatio jurata?* Et jure civ. non valet, quia renunciatio illo jure in se nulla, *arg. d. l. 7. §. 17. de pact. l. 5. C. de legib.* quod autem sic nullum, juramento confir-

mari non potest. De jure Can. Dd. variant, quibusdam simpliciter affirmantibus, aliis negantibus: ex quibus hos sequitur cum Panorm. *in c. cum contingat. de jurej. n.22.* Est enim tale juramentum immediatè contra publicam utilitatem, quæ causa introducti SCti. Jong. not. *f. tit. de jurej.* Neque probatur nobis conciliatio Azorii, *p.3.l.7.c.3.* valere, si non adsit periculum parentum, (ut his mortuis) non autem ubi id metuitur, iis adhuc viventibus, ceu vult etiam Gomez. *2. res. 6. n. 2.* Causa enim principalis SCti non est favor parentum, sed publica utilitas, atque sic facilè eluderent juramentum, & valeret atque non valeret. Conf. Carpzov. *differt. de contr. mutui pos. 4.* Vel itaque jurans non tenetur solvere, vel potest petere relaxationem ad cautelam ne solvat, Bart. *in l. si quis pro eo. de fidejuss. 4. col. in f.* Perez. *d.l. Bach. ad Tr. D.20.th.7.D.*

Solutus p. pot. per dignitatẽ, retinet hoc beneficium.

N. V. *Cujusvis dignitatis)* Equidem Jure veteri hoc indubium est, *per §.4. I. quib. mod. pat. pot. solv.* Sed quæritur an valeat jure novissimo? Negat Bachov. *in not. h. & ad Tr. D.20.th.7.E.* Sed rectius affirmat Bartol. *in l.5. in f. de his qui sunt sui vel al. jur.* Salic. Castalen *in l.1. h. per l.1. §. f. h.t. junct. arg. N.81.c.2.* quod filiusf. censeatur liberatus patria potestate, saltem quoad odiosa, non verò quoad favorabilia, unde & suus hæres manet, *d.c.2.* & in integrum restituitur, *arg. §. filiusf. quib. mod. p.* Costal. *in l.1.h.* Non officit (1) quod regerit Bach. *d. loc. ad Tr.* SCtum principaliter non spectare favorem filiifam. sed odium fœneratoris. Nam etsi hoc verùm, tamen nec ipsi odiosum est, sed fœneratoribus. Et hoc quidem verum, si spectemus causam introductionis in thesi, *de qua supra n.3.* Attamen si quæstio sit de jure per SCtum introducto, & respectu subjecti, filiifam. cui jus exinde datum, usurpando, certè ipsi odiosum dici non potest, quia & utilitatis publicæ causa saltem in odium fœneratorum inductum, & filiofam. id præstat, ut ab obligatione liberetur, quis autem hoc beneficium negaverit? Accedit, quod etiam beneficium solutionis à patria potestate per dignitatem, sit constitutum in ipsorum favorem, ideoque in ipsorum odium detorqueri non debeat. Nec facit (2) quod liberati à patria potestate per dignitatem sibi acquirant, ideoque cessante patriâ potestate cesset & SCtum. Nam neque sublatâ causa protinus etiam cessat effectus, neque novissimo jure is qui ita solutus sacris paternis, ab omni jure filiorumfamilias arcetur sed ab odiosis, *d. Nov. 81. c.2.* (3) Non sequitur, si solutis per dignitatem competit hoc beneficium, ergo & emancipatis: quia hæc consequentia manifestò infirmatur, *per d.c.2.* ubi quod beneficia pat. potestatis etiam prodesse debeant solutis, restringitur saltem ad eos, qui per dignitatem sunt liberati. Et (4) aliud est in filiofam. qui castrense pec. habet, hîc vero locus datur exceptioni ob dignitatem, quâ perdi ejusmodi beneficium iniquum videtur. Denique quod de *l.1. §. f. h.t.* mutata per *N. 81.* affert Bachov. *d.l.* fundamento destituitur: & quia consulis ibi fit mentio per exemplum atque ampliationem, & quia *d. N.81. c.1.* consul factus p. potestate liberatur ob dignitatem, jura tamen alia legitima retinet, *c.2.* In Nobili hoc minus dubium est, quod nobilitas non sit modus solvendæ patriæ potestatis, de qua præjudicium habet D. Carpzov. jurispr. Rom. *Sax. p.2. c.10. d.14. n.9.10.* Cæterum praxis hujus SCti probatur quoque constitutione Rudolphi II. Imp. anno 1589. promolgatâ, in qua causæ subinde indicatæ (publicæ utilitatis) disertè meminit: quæ citata Johannis Baptistæ Schvvartzenthalero *process. judic. l.1. c.4. n.18.* sic habet.

Constit. Rudolph. II. Imper. de usu h. SCti.

Wir Rudolff der ander von Gottes Gnaden erwehlter Römischer Kayser/ zu allen Zeiten mehrer deß Reichs/ in Germanien/ zu Hungern und Böhmen/ ꝛc. König/ Ertzhertzog zu Oesterreich/ Hertzog zu Burgund/ Steyer/ Kärndten/ Crain und Würtenberg/ in Obern und Niedern Schlesien/ Marggraffe zu Mähren/ in Ober und nieder Laußnietz/ Graffe zu Tyroll/ ꝛc. Enbieten N. allen und jeden unsern Unterthanen/ Geistlichen und und Weltlichen/ was standes und würden die seyn/ unser Gnad und alles gutes/ und fügen euch gnädig zu vernehmen/ ob wol/ vermög der geschriebenen Kayserlichen Rechten / auch unterschiedlicher außgangener Policey Ordnungen und heilsamer constitutionen/ alle und jede wucherliche Conträct und Handlungen/ dadurch der Christlichen Lieb / forderst den gebotten Gottes zuwieder / jemand benachtheilet und übervortheilt wird / ernstlich und bey hoher Straff inhibiret und abgeschafft: So gelangt doch an uns glaubwürdig/ und bezeugts die erfahrung allzuviel/ das nicht allein deme zuwieder allerley Partita und unzieliche böse Conträct fast überhand nehmen/ sondern auch theils sich unterstehen die Jugend / so noch in ihrer Eltern/ oder fürgesetzter Gerhabern und Tutorn Gewalt und Sorg/ gantz hinderlistig zu hintergehen/ den jungen noch unverständigen Leuthen fürzuleihen und borgen/ auch dermassen Unchristliche Partita mit ihnen zutreffen / daß sie nicht allein deß fürleyhens nicht halben theils geniessen können / sondern gar darüber ins verderben und Armuht gerahten/ wann wir dann als Herr und Landes Fürst solches hinführo keines weges zu gestatten gedencken/ so befehlen Wir demnach euch allen und jeden/ denen dieses unser offen General Mandat fürkompt/ ernstlich/ auch bey unser schweren Straff und ungnad/ daß ihr euch aller und jeder ungebürlicher Conträct und Partiten in gemeine/ fürnehmlich aber angedeuteter massen/ die Jugend zu hintergehen/ ihnen fürzuleihen/ zu borgen/ und wucherliche Handlungen mit ihnen zu machen/ gäntzlich und gefährlich enthaltet/ keiner Persohn/ so/ wie gehört/ unter ihrer Eltern/ Gerhaben oder Befreundten/ ichtes für oder darleihet/ oder sonst einigen Contract in dergleichen fällen mit ihnen eingehet: Dann welche hierüber straffmäßig betretten oder erkündiget werden/ dieselben sollen nicht alleine ohne mittel das darleihen/ so sie solchen jungen Leuthen gethan/ verlohren/ sondern auch nach Notdurfft und gelegenheit der Partiten/ ernstlich gestrafft werden. Das meinen und setzen Wir ernstlich/ wollen auch allen unsern nach gesetzten Obrigkeit hiemit aufferlegt haben/ daß sie auff erzehlte Schulden und Conträct so weit sie denen/ noch anderer gewaltsam unterworffenen Persohnen zu schaden und nachtheil gereichen möchten/ bey Gericht das wenigst nicht erkennen/ oder den darleyhern einige Exemption ertheilen: Entgegen aber ob dieser unser/ gemeinem Wesen wolgemeinten Verordnung festiglich handhaben/ und gegen den verbrechern angedeuter gestalt gewißlich und unverschont männiglich mit Straff verfahren. Darnach weiß sich männiglich zurichten/ und für schaden zu hüten. Es beschicht auch hieran unser gnädiger ernstlicher wille und meinung. Geben in unser Stadt Wien/ den achtzehenden Tag Julii, Anno &c. im neun und achtzigsten / unserer Reich deß Römischen im viertzehenden / deß Hungerischen im siebentzehenden/ und deß Böhmischen auch im viertzehenden.

Ratio publicæ utilitatis.

N. VIII. *Cum & Patri)* Prodesse huic hoc beneficium putat Bachov. *hic in not.* hactenus saltim, ne detur actio de peculio, quod verum quidem est, per *l. pen. pr. C. h.t.* Sed insuper & tunc patri prodest exceptio, si forte filio defuncto in bonis maternis adventitiis succedat, adeo ut nec ex istiusmodi bonis filius nomine quicquam solvere teneatur, *arg. d.l. pen. l.7. §.10. h.t.* Non obstat *l.1. §. f. h.* quæ ad peculium castrense vel q. restringenda.

Quomodo prosit patr.

Casus quibus cedat hæc exceptio.

Si tamen filiusfam.) Pertinet hoc ad exceptiones illas, quibus nec jure civili; ratione circumstantiarum, est locus huic SCto, quarum ferè VII. sunt: (1) Si filiusfam. pro *patre* habetur, & ita putat quoque creditor, *l. 2. h. l. 3. §. pen. eod.* (2) Si *simulavit* se patremfam. & creditori ignoraoti hoc persuasit, *l. pen. h. l. 1. C. eod.* (3) Si jussu, mandato, vel *voluntate* patris pecuniam accepit, *l. 12. h.* vel hîc acceptam ratam habet, *l. 7. §. 11. & seqq. eod.* (4) Si filiusfam. sit miles, *l. 2 h. l. ult. §. 1. h. t.* Hic enim tenetur ad qoantitatem peculii castrensis io qood pecuniam mutuo accepisse censetur, *d. §. 1.* (5) Si accepit studiorum aut legationis causa, *l. 7. §. 13. h. t. l. 5. eod.* (6) Si paterfam. jam factus agnovit debitum, pignus dando, novando, partem solvendo &c. *d. l. 7. § f. l. 9. h. t.* Peterz *h. nu.* 15. (7) Si empt. vendirio sit celebrata, aut alius contractus sine pecuniæ numeratione, *l. 7. §. 3. eod.* Et huic exceptioni confirmandæ facit Responsum Do. Antecessorum Facoltatis ad VV. à S. & H. P. I. V. L. aono 1626. d. 7. Octob. verbis: Es haraber/ uff die dritte Frag zu antworten/ diesfals das SCtum Macedonianum, als welches allein ratione pecuniæ filiof. sine patris consensu mutuo datæ eingeführet / wieder die Creditores keine stat: vide Zaog. *d. c.* 10. ubi prædictas exceptiooes singulatim exponit. Addi potest 8) si pecunia in rem patris sit versa, ut si filiusfam. solvit creditoribus patris, *l. 7. §. 12. & 14. h. t.* pro dote sororis, *l. 17. h.* ut se aleret, vestitet, *l. 3. §. 3. de in rem vers. l. 19. eod.* quod alioquio contra moralia principia, locupletior evaderet. add. Dn. Richter *p. 2. conf. 37. n. 1. 2. & seqq.*

Exceptio hæc post cōdemna.

N. IX. *Perpetua exceptione*) Notaodum hic & illud est, qood hæc exceptio quoque opponi possit post condemnationem, ad impediendam executionem judicati, *l. 11. h. t.* dummodo antea omissa sit, *d. l. 11.* non verò si repudiata, *Vincent. Caroc. tr. de remed. contr. præjud. sent. vel damnos. execut. except.* 87.

DIGESTORUM LIB. XV.

TITULUS I. C. 4. 26.

De Peculio.

1. Continuatio.

ORDINARIUM Prætor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum qui alienæ potestati subjecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem: sic deinde huc pervenire, ubi de peculio datur actio. *l. 1 hoc tit.* Omnia enim agit, ut qui contraxit cum eo qui in aliena potestate est, etiamsi deficiant superiores actiones, nihilominus tamen in quantum ex æquo & bono res patitur, suum consequatur. *l. 1. sup. quod cum eo qui in al. potest.*

2. Tria hujus edicti capita.

Est autem triplex hoc Edictum: aut enim de peculio; aut de in rem verso, aut quod jussu, hinc oritur actio.

3. Quid sit peculium, & unde dictum.

Peculium & pecunia, a pecoribus in quibus substantia veterum omnis consistebat & quorum figura nummi signabantur, dicta sunt *Plutarch. in vit. ubi* Pecunia majus patrimonium: peculium, pusillam pecuniam, sive pusillum patrimonium filiifam. vel servi significat. *l. depositi. 5. in fi. h. t. §. actiones. 10. Instit. de actio.* Itaque modicum illud, quod servi frugalitate de demenso comparcentes suo parabant; vel officio meruerant sibi donati, permissuque domini separatum à rationibus dominicis habebant, peculium dicebatur *l. peculium 4. d. l. depositi. l. peculium. 40. h. t.* Eadem ratio est peculii in filiosfamilias.

4. In quos, ad quod actio de peculio competat.

Ex contractu igitur servi filiive, quibuslibet actionibus inde descendentibus, dominus paterve de peculio convenire potest, ut quatenus in peculio est, eatenus actori satisfiat: deducto tamen semper eo, quod ipsi qui convenitur à filio aut servo debetur: quia prævenisse dominus paterve creditur, *l. sed si 9. §. peculium. hoc tit.* Nec verisimile est dominum id concedere servo, in peculio habere quod sibi debetur: *d. l. sed si 9 § præterea.* quo deducto, non licet illi per dolum & in fraudem creditorum adimere vel minuere peculium, *d. §. præterea.* quamvis sine fraude posset. *d. l. peculium. 40 in fin.* Verba edicti talia sunt.

5. Verba edicti.

QUOD CUM EO, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ESSET, NEGOCIUM GESTUM ERIT, DE EO DUNTAXAT DE PECULIO ADVERSUS EUM, CUJUS IN POTESTATE ESSE DICETUR: ET SI QUID DOLO MALO EJUS IN CUJUS POTESTATE EST, FACTUM ERIT, QUO MINUS PECULIUM ESSET, JUDICIUM DABO. *l. 1. §. verba. 1. hoc tit.*

O B S E R V A T A.

Peculium quid.

N. III. *Ideoque modicum illud*) Rectius peculium dicitur *universitas bonorum, quam servus vel filiusfam. habet, domino aut patre connivente, à rationibus domesticis separatam, l. 4. l. 40. h. t. junct. arg. l. 58. de rei vend.* Quotuplex illud sit patet *ex §. 1. I. per quas pers. cuique acq. & l. 6. C. de bon. quæ lib.*

Hic intelligitur profectitium.

Hic tit. ad profectitium pertinet: Bachov. *ad Tr. 1. D. 24. th. 11. G. & in not. h.*

Actio hæc noo datur propter delictum.

N. IV. *Ex contractu*) Nam delicti poblici nomine ipsi servi delinquentes teneniur, *l. 2. de accusat.* Ex delicto privato servi est actio noxalis in dominum, *l. 58. de R. I. t. t. de nox. act.* filius verò familias exinde ipsemet convenitur, *l. 1. §. 7. de his qui effud. vel dejec.* non pater, nisi quatenos inde auctum est peculium, *l. 3. §. pen. h. t.* Addesis Georg. Acac. Eoenckel Baron. *de privileg. parent. & lib. priv. 9. nu. 18. & seqq.* Cæterum datur hæc actio *ex contractu alieno in dominum vel patrem*; quod *voluntate horum* contractum censeatur; quæ voluntas tacita est, colligitur ex facto i. e. coocessione & administratione pecuniæ, juxta not. supr. *t. de tribut. act.*

Ratio ejus & æquitas. Hodie cessat.

Hinc obligatur dominus vel pater (peculiotenus qood in illorum utilitatem contractus celebratus præsumatur) cum jure deductionis debiti tanquam prioris, *l. 9. §. 2. h.* quamdiu ejusmodi peculium noodum est mortuum, s. non ademptum, *l. 40. eod. t.* Imò licet expresse prohibuerit, cum servis vel filiis cootrahi, *l. 47. eod.* Hodie autem cum filiisfam. exercentes mercaturam consensu patris, quoad negotiationem illam, emancipati censeantor, ideoque per se obligentur, contra patrem hoc nomine nulla compeot actio. Add. I. Gryph. *dec. leg. 1. c. 7. num. 30. 31. & c. 32. numer.* 139.

TITUL.

TITULUS II.

Quando de peculio actio annalis est.

ACTIO de peculio, quamdiu servus vel filius in potestate est, tamdiu perpetuo durat: post mortem vero aut emancipationem filiifam. manumissionem vel alienationem servi, Annalis esse incipit: cum enim soluta & extincta potestate extinguatur peculium, sufficit ad exemplum cæterarum Prætoriarum actionum, ad annum deinceps utilem obligationem produci. Prætor ait: POST MORTEM EJUS QUI IN ALTERIUS POTESTATE FUERIT, POSTEAVE QUAM IS EMANCIPATUS, MANUMISSUS, ALIENATUSVE FUERIT DUNTAXAT DE PECULIO, ET SI QUID DOLO MALO EJUS IN CUJUS POTESTATE EST, FACTUM ERIT QUO MINUS PECULII ESSET, IN ANNO QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT, JUDICIUM DABO. *l. 1. in princip. hoc tit.*

OBSERVATA.

Quar. hæc actio perpetua. Soluta potestate patria. Prætor eã sustinet ad annũ.

Annalis esse incipit) Actio de peculio, cum adjectitia sit, perpetua est, ubi & ipsa principalis talis est, durante tamen potestate. Hac solutâ per emancipationem vel manumissionem, restricto jure extinguitur peculium, *l. 40. §. 1. de pecul.* sicque & de peculio actio. Prætor itaque cui hoc durum videbatur, quod creditores justam ignorantiam habere queant solutæ potestatis, annum iis adhuc largitur pro debito suo consequendo, ex justitia benigna, *l. 1. §. 3.* Cui tamen nec hoc obest, quod rei sit persecutoria, ideoque ultra annum fuisset concedenda, *l. 35. de O. & A.* quia datur contra juris rigorem, actione deperditâ, *d. §. 3.* Giphan. *in d. l. 35. de O. & A.*

TITULUS III. C. 4. 26.

De in rem verso.

1. *Continuatio.*

SI hi qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant quidem, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est, conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur, ad quos utilitas contractus pervenit. Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de Peculio.

2. *Utilitas hujus actionis.*

Rectissimè enim Labeo dicit fieri posse, ut & in rem versum sit, & cesset de Peculio actio. Quid enim si dominus Peculium ademit sine dolo malo? quid si morte servi extinctum est peculium, & annus utilis præterit?

3. *Perpetuã esse hanc actionem.*

De in rem verso namque actio perpetua est (nec enim æquum est, quenquam ullo tempore cum alterius jactura locupletari) & locum habet, sive Peculium ademptum sit sine dolo malo, sive actio de Peculio anno finita sit, *l. 1. in prin. h. t.*

4. *Quando dicatur id in rem versum.*

In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario utiliterque (nam voluptatis causa quod fit sine mandato, in rem domini versum non videtur, quia nec procurator hoc imputat, *l. 3. §. sed si mutua. 4. h. tit.*) in rem ejus impenderit servus: veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solvit, aut ædificia ruentia fulsit, aut familiæ frumentum emit. *§. præterea vers. in rem, Instit. quod cum eo qui in al. pot. l. 3. § 1. hoc tit.* Et regulariter dicimus: Toties de in rem verso actionem esse, quoties Procurator Mandati, vel qui negotium gessit, Negotiorum gestorum haberet actionem, quotiesque aliquid ita consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem, *d. l. 3. § proinde 3.* cujus rei probatio agenti incumbit. *§. cæterum. Instit. quod cum eo qui in alien. potest.*

OBSERVATA.

Duo principia actionum harum adjectitiarum.

N. III. *Et locum habet*) Rectè docet Bachov. *in not. ad h. t.* duo esse veluti principia, & causas unde dominus vel pater ex contractu servi vel filiifam. obligantur, alterum *voluntatem* eorum, alterum eorum *utilitatem.* Voluntas vel tacita est vel expressa, illa vel generalis ut quæ ex commissione officii oritur, unde institoria & de peculio, vel specialis, unde tributoria. Hæc est unde actio quod jussu. Ex utilitate s. lucro domini vel patris descendit actio de in rem verso, ipsi quoque æquitati innixa, *arg. l. 32. de reb. cred.* ne alter contra Ethica principia cum alterius damno fiat locupletior. Jung. D. Frantzk. *comm. h. n. 3. 4.* Competit autem hæc duobus casibus: (1) Quando nullum adest peculium, vel quod fuit, est ademptum: (2) Quando quidem adest, sed ratione ejus quod versum in utilitatem, agitur in solidum, quoad reliquum verò peculiotenus, *§. 4. I. quod cum eo qui in al. pot.*

Utilis hæc actio hodie locum habet.

N. IV. *Quoties procurator mandati*) Hinc notat Oldendorp. *class. 4. act. 7. p 519.* actiones de in rem verso & quod jussu hodie utiliter dari, si homo sui juris gerat negotium in utilitatem vel jussu alterius, *arg. h. t. & l. 17. de SCto Maced. Tr. d. d. th. 7. l. vers. aliud est si sciente mar.*

TITULUS IV. C. 4. 26.

Quod jussu.

SUperioribus actionibus locus est, cum vel mandato, vel sine mandato, ignorante scienteve eo, cujus est in potestate, servus filiusve familias contraxit. Ex tertia autem hujus edicti parte oritur actio. Quod jussu, cum mandatu patris dominive contractum est: quia enim quodammodo cum eo contrahitur qui jubet, *l. 1. in princip. h. t. vide l. si dubitet. 10. § ultim. de fidejussor. Cuja observa. lib. 5. cap. 36.* cujus fidem qui contrahit, sequi videtur. *§. 1. Instit. quod cum eo qui in alien. potestat.* merito ex jussu domini, vel patris in Solidum adversus eum judicium datur. Jussui autem & ratihabitio comparatur, *d. l. 1. §. 2. vers. si ratum habuerit.* ut & alias, *l. semper qui non prohibet. 60. de reg. jur. & ratihabitionem eod. tit. in 6.*

OBSERVATA.

Ratio h. action. jur. inv.

Quodammodo) Nam verè & jure civili mandatis cum eo non contrahit cum quo mandatarius negotium gerit, sed jure Prætorio & naturali ex hocce alieno negotio servi vel filiusfam. dominus paterve obligantur, vid. nost. *ad t. de trib. act.* Jussisse hic quoque intelligitur dominus qui servi chirographo subscripsit, *l.1.§.4.h.* Hodie summa hujus actionis utilitas est, quoties jussit quid gestum in tertii emolumentum, Ob- dend. *d.l.*

Utilitas hodierna.

DIGESTORUM LIB. XVI.

TITULUS I. C. 4. 29.

Ad S. C. Vellejanum.

1. *Continuatio.*

Quandoquidem de contractibus servorum & filiorum familias dictum est: videamus nunc quemadmodum mulieres, quæ & ipsæ more majorum in manu patrum, fratrum, virisunt, *Cato apud Livium Deca. 4 lib. 4 vide infr. de curat. fur.* ex contractibus teneantur.

2. *Ratio hujus S.C.*

[illegible] tenendum est, mulierem suo nomine contrahentem obligari; [illegible] alieno vero nomine intercedentem eximi obligatione, actione in pristinum debitorem restituta. Quod ita Senatus censuit, ad opem mulieribus ferendam, quæ per sexus imbecillitatem, *l.2.§.verba 1. h.t.* maritalibus atque aliis blanditiis in fraudem, suscipiendumque sponsionis onus, illici facile posse videbantur. Nam spondere nimio leve videtur, utpote cum solum voluntatem sponsio, nullam autem pecuniæ præstationem requirat, in qua difficultas ad id, velut & ad bonorum oppignorationem, infirmus muliebris animus perduci possit: *vide infr. de fund. d.t. & Inst. quibus alien.* §. *lit.* 1. sed tandem, ut est in vetere proverbio, Noxa præsto est. Si enim fidejussoris, cogitat id tibi dissolvendum esse, ut sapiens *Ecclesiast. cap. 8* monet. Moveretur Senatum, ut dicitur *l.2.§.verb. 1. h.t.* quod si, ut moribus virilia officia sint ademta feminis propter imbecillitatem pudoremque *l. 2us. l.2. de reg. jur.* ita multo magis adimendum eis esse visum est id officium, quod non modò virile esset, (est enim parvum, verecundiæ muliebri consentaneum, alienas suscipere defensiones, *l. alienam. 18. C. de procur. l. patent Instit. de injur.*) & in quo non sola opera, nudumque ministerium earum, sed etiam periculum rei familiaris versaretur. *l. [illegible] vide Paul. lib. 2. tit. 11. & the Cuiac.* Et primo quidem temporibus D. Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum interdictum fuit, ne feminæ pro viris suis intercederent. Postea factum est S. C. quo plenissimè in quacunque intercessione mulieribus subventum est, cujus S. C. verba hæc sunt.

3. *Verba S.C.*

QUOD M. SILLANUS ET VELLEIUS TUTOR COSS. VERBA FECERUNT DE OBLIGATIONIBUS FŒMINARUM, QUÆ PRO ALIIS REÆ FIERENT, QUID DE EA RE FIERI OPORTET, DE EA RE ITA CONSULUERUNT, QUOD AD FIDEJUSSIONES ET MUTUI DATIONES PRO ALIIS, QUIBUS INTERCESSERINT FOEMINÆ, PERTINENT, TAMETSI ANTE VIDETUR ITA JUS DICTUM ESSE, NE EO NOMINE AB HIS PETITIO, NEVE IN EAS ACTIO DETUR: CUM EAS VIRILIBUS OFFICIIS FUNGI, ET EJUS GENERIS OBLIGATIONIBUS OBSTRINGI NON SIT ÆQUUM: ARBITRARI SENATUM, RECTE ATQUE ORDINE FACTUROS: AD QUOS DE EA RE IN JURE ADITUM ERIT, SI DEDERINT OPERAM, UT IN EA RE SENATUS VOLUNTAS SERVETUR. *l.2.h.t.*

4. *Deceptis, non decipientibus mulierib. subvenitur.*

Mulieribus igitur hoc S. C. subvenit, deceptis tamen, non decipientibus. *d.l.2. vers. sed ita demum l. si mulier 23 hoc tit.* (nec enim dolo earum amplissimus ordo opitulatur, *l. si decipiendi 30. h.t.*) ac deinceps harum fidejussoribus, mandatoribus, procuratoribus &c. *l. si fidejussores. 6 h.t.* non modò quod regressum, si exigantur, adversus mulierem habeant, sed quia totam obligationem Senatus improbat. *l. si mulier. 16. §. fin h.t.*

5. *De quibus obligationibus S. C. loquatur.*

Omnis [illegible] contractus Senatusconsulto comprehenditur, sive verbis, sive re, sive quocunque modo intercesserunt, alienam suo periculo suscipientes debitorum: *d.l.2. §. sed quamvis. 8. §. si mulier. l. mulier 19. h.t.* velut si alteri pecuniam accipienti, ipsa se principaliter mulier obligarit. *l. vir uxori. 17. leg. Sen. 48. §. fin. l. fin. § item si mulier h.t.*

6. *Mulierib. in suo con-*

Quod si in rem etiam suam se obliget, ut si pro eo spondeat qui [illegible], cessat Senatusconsultum, *l. aliquando. 13. l. si mulier. 16. h.t.* Aut si ipsa sibi contrahat, pupillam permittet, mutuum accipiat, ignorante creditore, eam alteri valle tradere, perinde locus non erit Senatusconsulto: Senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit non donanti: cum quia facilius se mulier obliget quam donet, *l. 4. s. d. quamvis. 8. §. 1. cum sequens h. t.* est enim hic sexus natura restrictus, & pecuniæ tenax, *l. si a sponso 6. C. de donat. ante nup. l. si stipulata 33. §. 1. de donat. int. virum & uxor.* cum quod mulieri adultæ in contractibus quos suo nomine gerit, non ut minori succurritur. *l. si mulier 26. in prin. h.t.* Et præterea si aliter diceremus; nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest quid acturæ sint: *l. si mulier 1. Libona fi. 27. in pri. h.t.* sed si creditor scisset eam intercedere, colorque quæsitus esset obligationis. *l. mulier mutui 12. d. l. quamvis 8. § si eum essem. h.t.* Quæcunque enim in fraudem Senatusconsulti de intercessionibus excogitata probari possent, rata habenda non sunt. *l. quidam. 2. 9. d. fin. § penult. h.t.*

7. *Quomodo adjuvetur mulier.*

Ita adjuvatur autem mulier, ut si ex intercessione conventa fuerit, excipere de Senatusconsulto possit: sin quid præstiterit, solverit, delegarit, Condicere *d. l. quamvis § si mulier. 1. & § mandatum. 9* una cum fructibus *l. si mulier 32. § 1. h. t.* Neque enim hæc exceptio, quamvis omissa, condictionem Indebiti soluti impedit, cum sit in favorem mulierum introducta, *l. qui exceptionem 40. sup. de condict. ind.* & totam obligationem S.C. improbet. *l. si mulier. 16. in fin. h.t.* Sed ne defraudetur hac ratione creditor, actio in veterem debitorem redditur, statim atque mulier alienam obligationem suscepit, etiam non exspectata ejus voluntate, *l. [illegible] 24. §. 2 l. aliquando. 13. §. fin. l. quidam. 29 h.t.*

8. *De actione restitutoria.*

Cum enim S. C. mulierem eximat, quocunque modo per intercessionem ejus vetus debitor fuerit liberatus, sive novatione, sive delegatione, pristina causa restituitur, perindeque agi cum debitore veteri ex obligatione potest, atque si nulla intercessio intervenisset. Et si enim ordo hunc secum trahat, tamen nihil impedit quominus creditor jus suum à vero debitore consequatur. *d. l. quamvis § quoties. 8. & § fin. l. si mulier 24 h.t.* Impetrabit igitur is à Prætore actionem quam vocant Restitutoriam, ne sinem habeat obligationem *d. l. quamvis. §. 4. vers. Marcellus.* sic enim succurrendum est feminis, ut ne tamen alius injustè detrimento afficiatur. Atque hæc quidem actio Restitutoria, utpote rei Persecutoria, perpetua est, & in heredes hæredibusque datur *l. hac actione. 10 h.t.*

9. *An mulier, & quando renunciare Vellejano possit.*

Sed an mulier renunciare Vellejano potest, ita ut postea etiam invita ab hoc beneficio excludatur? Et quamvis alii putent posse: tamen verius crediderim, *vide [illegible] & Dd. in l. fin. Cod. eod. l. fin. 5. ubi hoc tit. Tiraq. in repet. l. si unquam in prin. C. de revocand. donat.* renunciationem extrajudicialem mulieri non nocere, cum renunciationis eadem sit levitas quæ intercessionis, *Jason in l. de hac re 9. de transact. per l. dolo. 19 vers. diversum,* demovet & non in solius mulieris favorem S.C. factum sit, sed etiam ea propter, quod vile videatur alienas suscipere defensiones. Nec responsio Pomponii *l. fin. 9. fin. hoc tit.* movent: potest enim mulier sponte exceptionem Vellejani in judicio omittere, ut quilibet debitor, *ut notatur Cod. ut quæ desunt. advoc. ubi Cast. num. [illegible] l. si autem. 8 § fina. de neg. gest. l. si fidejussor. 29 mand. l. a. Cod. [illegible] jur. & fact. ig. [illegible] in l. si judex. 4. de minor.* Ac si judicium suscipere velit hac conditione, ut caveat se non usuram exceptione, cautio valebit: cum quia in jure quasi contrahitur: *l. 3. § item scribit. sup. de pecul.* tum ne judicia fiant elusoria, ac decipiatur actor: quemadmodum & tutelæ nomine renunciatio facta valet, ne fraudetur pupillus. *Auth. sacram. C. quando mulier tut. off.* Deinde si post biennium ab intercessione iteratum se mulier obstringat, pignoraque det, quia non potest dici levitate quadam facta intercessio, fateor S C. cessare, & renunciationem hoc casu valere. *l. si mulier. 16. C. eo. tit.* At hi casus speciales non convincunt, renunciationem promiscuè & repentino autem motu à muliere extra judicium factam, omnimodo esse servandam, *vide [illegible] Novell. [illegible] Vellejanum, apud Cuiac. ad Vlp. tit. 1. in fin. Novell. 134.*

OBSER-

O B S E R V A T A.

Causa h. SCti. Naturalis.

N. II. *Ad officium quod non virile esset*) Causa hujus SCti vera est, (1) naturalis, *Sexus imbecillitas, & imprudentia*, multis casibus intercessionum obnoxia & objecta, ne propterea damnum patiatur in re familiari, *l. 2. §. 1. & 2. h.* Quam rectè etiam agnoscunt Molina *disp. 540. n. 2.* Joh. de Lugo *disp. 22. sect. 1. §. 1. n. 11.* Rectissimè finalem appellitat Dn. Frantzk. *comm. h. n. 8.* (2) ratio est civilis, quod intercedere sit virile, civile, & damnosum mulieribus officium, *l. 2. §. 1. ibi: cum eas virilibus officiis fungi & ejus generis obligationibusstringi non sit aequum. h. t.* Equidem hæc ratio displicet Bachovio *in not. h.* quod ante SCtum hoc prohibita fuerint fœminis virilia officia, nec vetita tamen tunc temporis intercessio. Unde posterior hæc ratio eidem prætextus vocatur, non causa. Verùm responderi potest, ex quo SCtum hoc factum, intercessionem etiam habitam fuisse, jure positivo pro officio virili, per textum satis expressum, *l. 2. §. 1. h. t. junct. l. 1. §. 1. eod.* Atque sæpe civilis causa utilitate Reip. suadente tam efficax est, ut ipsi cedat naturalis contractus fidejussionis, ratione circumstantiarum, juxta moralia & politica principia *3. pol. 6. in f. & c. 12. 5. Eth. 3. jung. not. ad tit. de Senat. Maced.* Nec officit quod mulier pro viris, nonnullis in casibus utiliter intercedat; quia in his SCtum patitur exceptionem, adeoque circumstantiæ aliud suadent.

Prodest deceptis, non decipientibus, & quæ talia . . .

N. IV. *Deceptis*) Succurritur mulieribus deceptis, h. e. reipsa læsis. Nam si læsæ dolo fuerint, ut rectè hic Bachov. tutæ sunt & communi exceptione doli. Non verò succurritur decipientibus. Dicitur autem decipere hic mulier, (1) si pretio accepto intercessit, idque fatetur in instrumento, *l. 23. C. h. t.* (2) Si decipiendi animo intercessit, puta cum sciret se non teneri, *l. 23. l. 30. ff. eod.* Secus est cum se pro creditore suo alteri obligavit, vel ab eo se vel debitum suum delegari passa est: tunc enim principalis debitrix existit, *l. 2. C. h. t.* Prædictis tamen casibus creditor probare debet, mulierem decepisse, cum pro ipsa militet juris præsumptio, ob sexus imbecillitatem natural. Cæterùm, *quare non modo mulieribus hic subvenitur, sed & fidejussoribus, mandatoribus, procuratoribus &c. adæquatissima ratio Autoris est*, quod SCtum totam obligationem improbet, *l. 16. § ult. h. t.*

Obligatio hic est null. civilis & naturalis.

Nam licet mulier, etiam virgo, intercedens, *arg. l. 13. de V. S.* naturaliter quoq; obligetur; tum quod exceptione opus habeat, *arg. l. 40. de cond. indeb.* tum quod consentiant, quæ eorum sententia recta est Molina *d. D. n. 2.* Lessio *l. 2. c. 28. d. 2. n. 14.* Filliucio *tr. 38. c. 8. n. 157.* Cardinali de Lugo *d. disp. 22. sect. 2. §. 1. n. 11.*

Sed jus civ. utramque improbavit.

Attamen nec ipsa efficaciter convenitur, nec ejus fidejussor, quia jus civile hic obligationi planè non assistit, sed eã totam, h. e. & naturalem & civilem, oppositâ sc. exceptione (adeoque per circuitum & indirectè) improbat, & rationem à sexus conditione & fidejussione civili minore) desumptã, causâ publicæ utilitatis, pro potiori habet *d. l. 16. § f. h. t. & l. 9. C. eod.* adeo ut mulier, instrumento publico licet obligata, tuta cõscientiâ ea uti possit; cũ à lege concessa sit, propter sexus fragilitatẽ.

Intercedit mulier pro alio. Obligationem personæ communicative aut privative.

N. V. *Sive re sive quocunque modo*) Competit hoc beneficium mulieri intercedenti. Dicitur autem intercedere, quando, sive pro marito, sive pro alio, alienam in se suscipit obligationem, *l. 2. § f. l. 8. § 1. h. t.* Quod contingit, quando vel personam vel res suas pro alio obligat, *l. 4. C. eod.* Personam astringit dupliciter, (1) quando obligationem alienam veterem in se suscipit, (2) quando novam. Illud fit vel *participando*, vel *transferendo sec. d. l. 4.* participando vel communicativè, si fidejubeat, mandet, constituat pro alio, & similiter *l. 2. h. l. 1. de constit. pec.* tunc enim non fit novatio, *l. 2. §. 8. de O. & A.* Transferendo l. privativè, ut si per novationem ex promittat pro alio, *l. 8. §. 8. h.* aut alienum debitorem in judicio defendat, *l. 2. § f. h. t. l. 2. C. de pact.*

Aut obligationes no.

Novam in se obligationem suscipit, cum pro alio mutuum accipit, s. cum alius pecuniam accepturus esset, mulier fuit interposita, quæ acciperet, *l. 8. §. 14. h. d. l. 4. C. eod.* Denique res pro alio obligat mulier, quando pignori res suas supponit pro marito vel alio debitore, *l. 5. C. h. t. l. 29. ff. eod.*

Limitatio SCti & aliquando quæ efficax etiam jure nat. sit actio.

N. VI. *Cessat Senat.*) Et hæc l. est exceptio, potiùs limitatio; si mulier in rem suam se obligaret, v. c. si pro eo spondeat cui erat debitrix *l. 13. l. 26. h.* Eademque ratio est, si mulier hæreditatem aliudve nomen emat, & æs alienum hæreditarium in se transscribat, si pro fidejussore vel pro procuratore suo intercedat; *Addat. l. Si uxor. l. 6. f. §. ult. h. t. l. de dic. §. quo mulierem. quo sentiad. eq.* II. ubi sibimet ipsi contrahit mulier, quia hoc casu non decipitur, sed ipsa colore quæsito ex proposito libenter decipere vellet, ideoque SCti auxilio destituitur, *l. 32. h. l. 10. C. eod.* III. Si donet, *l. ea. 4. §. 1. h. t.* cujus rationes examinat hic Bach. *in not.* Plures alias & in universum. XIV. habet Anton. Hering. *de fidejussic. 7. a. n. 412. usque ad n. 526.* & Val. Franc. *de fidejuss. c. 2. a. n. 162. ad n. 188.* qui XIIX. recenset. Add. Dn. Frantzk. *comm. h. n. 22. & seqq.* Hisce itaque casibus jure positivo firma est utraque, & civilis & nat. (quâ ex contractu à fidejussione adstricta est mulier) obligatio.

Collisio prior.

Neque hoc mirum; nam licet vi obligari eum qui pro alio intercedit, sit actus societati civili moraliter necessarius, atque conveniens juri naturali, tamen est indifferens quo ad sui speciem: ideoque in muliere intercedente & alias variè determinari potest lege positivâ ratione circumstantiarum. Neque hoc est contra jus naturæ sed præter; nec enim juris naturæ est fidejussio sed gentium, licet ei sit congrua.

Quando competat restitutoria.

N. VIII. *Restitutoriam*) Verùm non opus est ut semper à Prætore impetretur actio restitutoria. Nam mulier vel transfert in se obligationem veterem, v. c. novando, vel participat tantùm, v. c. fidejubendo, vel plane novam suscipit in se obligationem. Medio casu actione restitutoria non opus est, quia pristina actio manet, *l. 8. §. 7. & l. 24. §. 2. h. t. l. 23. §. 1. C. eod.* Primo autem & ultimo casu demum restitutoriæ locus est, & ita intelligi debet *in l. 8. §. 9. h. l. 16. C. eod.* Quamvis enim tota obligatio à SCto improbetur, id tamen verum est, quoad obligationem mulieris. Cum verò dictis casibus illa in se suscipiat planè alienas obligationes, æquum insuper est, restitui pristinas obligationes in veros debitores. Attamen hæc restitutoria non venit ex causis ordinariis restitutionum, de quibus *in l. 2. & seqq. de integ. restit.* sed ex clausula generali: *Si qua mihi justa caussa esse videbitur, l. 2. §. 1. ex quib. causis major.*

Est extraordinaria.

Porro vult Autor hanc restitutoriam perpetuam esse. Ubi notandum, quod tunc eam non intelligat, quam modò in præcedentibus ita indigitavimus, sed abusive *illam in genere actionem, quæ annullatâ mulieris intercessione in debitorem datur.* Idque ex eo patet, quod *in d. l. 10. h. t.* restitutoriæ mentionem non faciat.

Alia restitutoria abusivè sic dicta.

Rectius doceri potest, actionem quæ in eos pro quibus mulier intercessit, datur, aliquando esse restitutoriam *novam*, aliquando *pristinam*. Quando autem quæritur utrum prædicta restitutoria sit perpetua, an temporalis, non decidendum hoc est ex *cit. l. 10. h.* utpote quæ de pristina agit, non verò de restitutoria nova, sed ex *l. a 4. § f. junct. tit. de minor.* Nam si vetus actio fuit perpetua, tum demum & restitutoria talis est, si verò illa temporalis, tum & hæc temporalis tantùm. Quin etsi *l. 10.* de restitutoria illa intelligere velis, tamen

ad

ad casum quo perpetua fuit actio vetus, restringenda erit.

Potest huic SCto renunciari, etiam extra judicium.

N. IX. *Sed an mulier renunciare* Non conveniunt hic interpretes. Communis sententia est, renunciationem à non ignara factam validam esse, etiam extrajudicialem, vide Gail. 2. *obs.* 77. Trentl. *disp.* 25. *th.* 4. *B.* Alii Contra negant renunciari posse, Donell. *ti. comm.* 32. *ubique* Hillig. Quidam disting. inter judicialem & extrajudicialem renunciationem, illam valere ajentes, non hanc; quæ sententia Autoris hîc, & Bach. *in not. atque ad Tr. d. th.* 4. *B.* Verum interest ex his tueri potius communem, praxi quotidianâ receptissimam.

Rationes.

Enimvero 1. beneficium SCti inductum est finaliter propter sexus & consilii muliebris fragilitatem, in ipsius favorem, ut supra probavimus ex *l.* 2. §. 3. *h. junct. l.* 22. *C. eod.* Ergo et renunciari potest, *arg. l. f. de pact.* neque enim ullibi probatur, quod beneficiis ob fragilitatem sexus (secus est ob ætatis & judicii defectum) inductis haut possit renunciari: Neque ratio reclamat; cum alioquin mulieres etiam in universum à judiciis forent arcendæ, nec in iis standi legitimam personam haberent: vid. Giphan. *de renunc. p. m.* 70. *vers. nec obstant.* Et ratio fragilitatis licet sit naturalis, tamen minimè est juris naturalis. Nec mutat, quod & Macedonianum SCtum ob sexus imbecillitatem constitutum sit, cujus tamen renunciatio nulla est, juxta not. *supr. ad t. de SCt. Maced.* Nam hoc principaliter & finaliter introductum fuit in odium fœneratorum, adeoque *directò* boni publici causâ, ne filiorumfam. mores creditâ pecuniâ corrumpantur, quod ne fiat publicè interest. Unde & odiosum dicitur in *l.* 40. *de cond. indeb.* ejusque contra bonos mores & utilitatem publicam renunciatio esse non potest. Hoc verò SC. Vellej. *principaliter* in favorem mulierum introductum est, ne incunsuins intercessionibus propter suam sexus fragilitatem decipiantur, s. jacturam bonorum patiantur, *l.* 1. *l.* 2. §. 2. *h.* Unde & tota obligatio improbatur, *l.* 16. *h. l.* 23. *C. eod.* atque favorabile est, non odiosum, *d. l.* 40. ad publicam utilitatem tendens saltem per indirectum. 2. Exceptio hujus SCti est facti; ideoque tum demum locum habet si opponatur: secus si omittatur. Ergo et renunciari potest, cum major sit vis expressi quàm taciti, *l. nonnunquam, de condit. & demonstr. l. expressam ubi Dec. Sturc. Gotofr. de R. I.* Exempla renunciationis habentur in matre & avia, tutelam liberorum suscipientibus, *auth. matri & aviæ C. quand. mul.* Si mulier post biennium se iterum obliget & pignori det, pro alio sc. extra maritum, *l.* 22. *C. h. junct. d. auth.* quæ exempla ostendunt renunciationem non esse injustam.

Resp. ad l. 21 C. h. & l. f. §. pen. ff. eod.

Eodem spectat *l.* 21. *C. h. s. & l. ult.* §. *pen. ff. eod.* Ex quibus hæc est quidem de renunciatione, ubi mulier in jure (h. e. ante judicium constitutum l. apud Prætorem) cum adhuc quæreretur an judicium jure acceptum sit, conventa, suæ exceptioni seu juri renunciavit. Quo facto, & cautione in jure interpositâ, se exceptione haud usuram, demum in judicium itur, & causa intercessionis cognoscitur. Quam explicationem confitetur veram esse, alioqui magnopere dissentiens Bachov. *ad Tr. d. th.* 4. *B.* Attamen ibi non affirmatur, illam renunciationem necessariò & præcisè coram Magistratu esse faciendam. Ideoque saltem exemplum habet *d.* §. *pen.* coram Magistratu factæ renunciationis, & extrajudicialem minimè excludit. Neque valere ejusdem Bach. distinctio inter *To imitio renunciare; & exceptionem postea quæsitam liberè remittere*, quia utrumque est juris jam ante competentis renunciatio. Quin ponamus modò *in d.* §. *pen. creditorem voluisse convenire pristinum vel principalem debitorem, mulierem autem ultro se obtulisse ad judicium accipiendum: quo facto cum creditorem à debitore suo averterit, & ut hic liberaretur effecerit, meritò ei succurri non debere, ne creditor decipiatur, qui nisi mulier se obtulisset, contra alium actionem instituisset*; quæ conjectura Bachovii *d. loc.* Anne verò tunc *hujusmodi oblatio de suscipiendo judicium*, quod exceptione SCti oppositâ elidi poterat, renunciatio est juris ex d. SCto competentis? Ideoque & frustra Wesenb. *h. d.* §. *pen.* intelligit de omissione. Nec enim, ut satis vidit Bachov. *d. l. non usus* hujus exceptionis se habet *merè negativè*, ac si intercessione conventâ mulier exceptionis suæ nullam planè mentionem fecisset, sed ita, ut disertis verbis dixerit se exceptione quam habeat, non usuram, privative & abdicativè. Ad *oppos. l.* 21. *C. h.* respondetur, quod renunciando juri suæ hypothecæ mulier, eo ipso res suas pro alio obliget, *l.* 11. *eod. l. quamvis ff. eod.* 1. *Gl. ad d. l.* 21. Illa denique Bachovii ratio; quod mulier eadem ratione renunciet qua intercedit, non minus divinatoria est; Licet enim eo ipso dum renunciat, intercedat & obligetur, tamen id tunc fit ab edocta de suo privilegio & instructa, nominatim & specialiter. Et cur non ipsi tunc hoc liceat, quod cuique aliàs in beneficio pro se introducto? *arg. l. f. C. de pact.* Anne enim absurdum fuerit, fragilitati *sexus* ita indulgendum, ut & quæ certior reddita juria competentis mulieri, sponte, & sciens volens renunciare nequeat? Equidem

Resp. Molinæ dissentientis

Molina *d. disp.* 540. *n.* 10. pro ista opinione, præter *d. auth. matris & aviæ C. quand. mul & d. l. ult.* §. *pen. h.* ad quas supra respondimus, pugnat hac ratione, quod *ubi causa privilegii est ætas aut infirmitas personæ, non valeat ejus renunciatio, nisi coram Magistratu.* Sequunturque hunc Scholastici fere catervatim, ut solent, Less. *d. c.* 28. *dub.* 2. *n.* 16. Filliuc. *tr.* 38. *c.* 8. *n.* 157. Joh. de Lugo *d. sect.* 2. *n.* 12. Verùm *l.* 14. §. 1. *solut. matr.* ad hoc nequicquàm citatur Molinæ, cum nec de renunciatione judiciali sit, nec de ea, quæ juris ob infirmatem ætatisuvè personæ concessi. Aliud quoque de ætate minima, ob quam quis perfecta rationis usu caret, dicendum est, ut supra innuimus. Addesis omnino Observ. 1. *de pact. f.* Atque ex hisce non potest non etiam convelli sententia quorundam negans, cujus ioitio meminimus.

Vera sententia distinguens.

Ut autem decisio quæstionis penitus exhauriatur, porrò distinguendum est, an mulier *pro extraneo*, an vero *pro marito* intercedat. Priori casu id obtinet quod longius modò excussimus. Multò magis, ubi renunciationi accessit juramentum. Neque tunc interest an edocta sit de privilegio mulier, an non: Licet enim, maximè casu ultimo, eam nihilominus rectè uti posse exceptione sua, censeant Less. *d. l. n.* 17. Sanchez *de matrim.* 4. *disp.* 9. *n.* 15. Covarruv. *ad c. quamvis de pact. and.* 1. *p.* 2. §. 3. *n.* 7. & Lugo subdubius *d.* 9. *n.* 12. quod jusjurandum ad non cogitata haud extendatur; tamen contraria sententia, ceu communis, verior est. Tum quia juramentum vim habet specifici consensus: vid. not. supr. *de jurejur. in f.* tum *quoniam implere eam obligationem; non est malum sed irritum jure humano. & validum & obligans ex se, si adhibeantur requisita solemnitates, permissum tamen jure humano elidi beneficio Vellejani: quare si accedat juramentum de ea promissione implenda, aut de non utendo privilegio Vellejani, quando alioquin obligatio est implendi promissionem, cum tale juramentum feratur super se licita, utique obligat; non minus, quam ubi alienatio minoris aut fundi dotalis, vel renunciatio legitimæ confirmatur, juramento obligant*; Verba sunt Molinæ *d.* 540. *n.* 12. add. Andr. Dalner. *de var. jur. renunc. c.* 6. *n.* 52. Idemque obtinet, ubi renunciatio facta sub fidei promissione, inter nobiles & illustres personas, de consuetudine pro jurejurando valente,

Quid in renunc. extra judic. requiratur.

Jacob. Stephani ad N.138.n.8. Extra judicium omninò requiritur, præcipuè (1) ut mulier de beneficio suo nominatim edoceatur; quod præsumptio sit ignorantiæ: nec rei ignoratæ possit esse remissio, *arg. l.1. §.f.de edend.* (2) ut qui mulierem certiorem reddit, v.c. Notarius, examinatus quale hoc sit beneficium, ipse non ignoret; *Valent. Franc. de fidejuss.c.7. n.477. 482. & 485.* Contra coram magistratu factâ renunciatione, præsumitur mulierem edoctam fuisse specialiter, ubi id disertè non constat. *Vide sis eund. Franc. d.c.7. n.202. Andr. Rauchb. q 34. n.77.* In judicio enim omnia rectè & solenniter facta præsumuntur, *arg. l.sicut.in f. de re judic. c. quoniam de probat.* Altero casu ubi mulier pro marito intercedit, se vel bona sua obligans plenius ipsi succurritur; quod ob reverentiam metumque erga maritum ad intercedendum facilius inducatur. Exinde istiusmodi obligatio ipso jure nulla est, nec opus aliquâ exceptione, *d.auth. si qua mulier C.h t. N.134.c.8.* Et si ambo in eodem instrumento se debitores constituant, subductâ mulieris personâ solus obligatur maritus. Exceptio est, nisi probetur pecuniam reipsâ ad mulierem venisse & versam fuisse in ipsius utilitatem, *d.c.8.* ne tunc contra Ethnici principia prætextu SCti locupletior evadat, *Ernest.Cothman. 5.resp.48.n.5.* Neque verò confessio in instrumento posita ad hoc sufficit, nisi facta in judicio, *Gail.2.obs.89.* Excipitur etiam, ubi uxor edocta specialiter, renunciavit extrajudicialiter, *Cothman. d. resp.n.4.* Licet enim & nonnulla alia, quinque in universum, ad hujusmodi renunciationem requirat Pruckman. *de jur. mulier.p.2. art.15.n.12. ad 25.* ea tamen plerisque non observantur. Proinde iis non attentis Dn. Antecessores Facultatis anno 1639. d.3. Octobr. Barbaræ Rottschmiedes uxori Caspari Ottonis, Quedlinburgum ita responderunt: Seyd ihr in der Zeit wie ihr euch gegen Matthiassen Kragen für ewren Eheman bürglig eingelassen / vnd die euch zustendige halbe Huffe Landes verunterpfendet / der in rechten euch zustehenden beneficien / absonderlich *auth. si qua C.ad* der gebühr nicht verstendiget noch certioriret: So ist die vorgangene obligation, so weit ewer Person betrifft / zu recht vnkräfftig vnd ungültig / vnd können die Kragische Erben an ewer verpfendete halbe Huffe Landes / noch ander ewer Güter nicht gelangen / sondern ihr seyd deßhalber von der Ansprach zu absolviren. V.R.W. Illud notatu dignum, quod idem Pruckmannus *n.13. versic. vix. tamen,* conqueritur *quod mulieres maritis sæpe fastu & luxuriæ sua ansam præbeant, ut æris alieni mole obruti, bonis cedant, & tum exceptione sua utentes sceleratè creditoribus, quorum sudorem, vestitu & illecebris suis suorumque dilapidarunt, tum maximo reip. detrimento, insultent, illosque risui habeant. Quapropter videant,* ait, *d.loc. mulieres, ne in causa sint ut propter abusum privilegii aliquando generali constitutione jure suo priventur.* Et huc tendit quod multis in locis, præcipuè quibus vigent mercaturæ, & negociationes, atque per fœminas non minus fiunt & exercentur, hoc jus de intercessionibus mulierum, tam pro maritis suis quàm pro aliis, magnopere sit immutatum. Ita enim Noribergæ limitatur *auth. si qua mulier C. h. t.* ut pro marito facta intercessio valeat, dummodo adhibiti fuerint duo senatores, vel duo ex propinquis conjugis, tanquam testes, vide Rittersh. *d. c.4. n.23. & 24.* Simile de Imperiali Lubeca habet D. Mev. *de jur. Lubec. l.1.t.10.art.1. n.74. & seqq.* Conf. idem *p.3.dec.209.125.126.* Grœnevvegen *ff.ad t.f.§.pen. & in d.auth.C.h.*

Effectus judic. ren.

Ex intercess. pro marito uxor plac. non obligatur.

Exceptiones.

TITULUS II. C.4.31.

De Compensationibus.

1 *Continuatio.*

EXpositis contractuum generibus, quibus Re in creditum itur, vel per se, vel aliarum personarum intercessione, actionibusque indidem prodeuntibus ordine propositis, commodum nunc subjicitur titulus de Compensationibus, quarum in illiusmodi judiciis maximus est usus. De actione porro depositi, quamvis & illa ortum habeat ex obligatione quæ re contrahitur: *§. præterea Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* tamen postea agetur commodius: quoniam illi compensatio objici nequit. *l pen. C. depositi l. fin. C. de compens.*

2 *Quid sit compensatio.*

Est autem Compensatio (quam locutionem etiam Cic lib. 2. de Finibus & aliis locis usurpat) debiti & crediti inter se contributio sive collatio: *l.1. h. t.* qua qui convenitur, creditorem suum, eundemque debitorem petentem submovet, paratus compensare, *l.2. h.t.* Oritur compensatio partim ex Naturali æquitate, partim ex Civili.

3 *Causa efficiens. unde oriatur.*

Ex naturali quidem, quod intersit nostra potius non solvere, quam solutum repetere: *l.3 h t.* dolo etiam malo postulet, qui petit id quod restituere: *c. dolo de reg. jur. in 6. cum ibi alleg. concor. l.dolo de do.ex* ac consentaneum sit, actorem qui sibi satisfieri capit, contra quod debet præstare, ut æqualitas servetur. Ex civili autem ratione, quia compensatio ad diminuendas lites pertinet, ne fiat per plura, quod confici potest per pauciora. *L.amplioram 37 §. in refutatoriis C. de appell. l.nulli 10. C. de jud. l.1 quod met. caus.*

4 *In quibus delictis locum habeat.*

Compensationi locus est, sive ex contractu, sive ex maleficio agatur, dum tamen Civiliter *l si ambo. 10 in prin. h.t.* unde vulgatum illud:

Dolum cum dolo, delictum cum delicto compensari *l. si duo.: de dolo malo l viro ff. solut. matr. l. apud Celsum §. Marcellus de except. dol.* Nam in publicis judiciis, ubi non privatorum jus, sed publica vindicta ad coercenda maleficia spectatur, non admittatur compensatio, sed utrumque sootem suæ pœnæ manent, *l.1 §. qui hoc dicit l. si uxor 13. de adulteriis.*

5 *In criminalibus publicis non habere locum.*

Item sive personali actione, sive reali agatur, compensatio locum habet, *l.fin.C.eod.* Quod verum est, cum res in suo genere fungibiles, ultroque debentur. Nam tum compensatio debiti ex pari specie, quamvis causa dispari, admittitur: *Paul. lib.2.cap 5* secus, quando hanc species, inde vel individuum, vel quantitas obligationi inest, in genere species debeatur, ut homo: *l. si debeas 22 glo & Dd. in l.1. h.t. & in d l fin. C.eod & in §. in bona fides Inst de act* propterea quod aliud pro alio solvi invito creditori nequit, *l 2 § 1. si certum pet.* Compensatio autem nihil aliud est, quam solutio, *l. vel permutavit 19 de liberali causa. l. si debitor. qui potiores in pig. l. amplius non pot. rem ratam hab.* Unde cum individua debentur, aliud pro alio solveretur, si compensare speciem cum specie liceret: quod neutiquam est admittendum, quia cadit in speciebus probabilis affectio, neque vice mutua funguntur; verbi gratia: Tu cum mihi debeas vestem, petis à me aliam speciem tibi debitam, puta scyphum, aut quantitatem, veluti 20. quæ tibi debeo, non poteto objicere exceptionem de vestimento, quia pro pecunia aut alia specie, invitus hanc speciem accipere, eamque quodammodo emere, jure cogi non potes: idemque in consimilibus obtinet. Quantitatis autem ad quantitatem, sine cujusquam injuria fit compensatio, vel species cum specie, cum idem genus debetur, ut hominis cum homine, *Paul.d.c.5.*

6 *Non in speciebus, sed in quantitate & genere.*

Huic tamen ita damum locus est, si debitum quod in compensationem deducitur, verè subsistat, vel jure Civili & Gentium, vel certe æquitate naturali, quamvis civiliter non debeatur, *l etiam 3 h tit.* Naturalis enim est compensatio, in eamque venit, quicquid natura debetur: unde econtrario, si æquitatem nullam habeat obligatio, & exceptione perimi potest, non venit in compensationem, *l. quæcunque 14. h t.* Deinde necessum est, Purum esse debitum, non suspensum Conditione, aut dilatum Die: *l quod in diem 7. h t.* ac insuper etiam Liquidum, *l. fin C.eod* alioqui non servaretur æqualitas; si puro certoque debito & liquido, permissum esset objicere & compensare debitum non liquidum, vel conditionale.

7 *Instum & liquidum esse debitum oportere, cujus in compensatione habeatur ratio.*

Quanam porro ratione ineunda sit compensatio, controversum est. Ioip in §. in bona fides Instit. de act. quidem ait,

-Jure

8 *Forma secunda compensationis & an ipso jure fiat.*

Jure veteri, *l. cum alter 12. hoc tit. l. 4. & 5. C. eod. Lejus C. de solut. l. inter de adm. tut. Paul. d. c. 5.* Ipso jure in actionibus bonæ fidei fuisse compensationes, *l. si ambo. in judicio societatis l. t.* in Stricti juris doli mali exceptione (ex constitutione scilicet divi Marci, *Cujac. lib. 8. c. 16.*) opposita: hodie vero omnibus indiscriminatim judiciis ipso jure inesse, *l. 4. & 5. l. fin. C. eod.* Sed hoc in quæstionem cadit, an sine ulla oppositione compensationis, factove hominis ipso jure & lege fiat contributio minuique debeatur? Et videtur factum hominis non requiri: quid enim aliud significat, ipso jure fieri compensationem? Nam & I. C. inquit, Minus deberi, *l. 4. vers. 5. minusque propter compensationem peti. h. t. l. postea quam 21. h. t.* lib. 2. cap. 5. Plus peti. Contra tamen a plerisque responsum est. Neque aliter ipso jure fieri ajunt compensationem, quam si paratus sit reus eam facere, *l. 2. h. t.* & objiciat compensationem, *d. l. fin. in verb. compensationes objici* atque opponat: *d. § in bonæ fidei in verb. opponi*, idque liquere ex eo, quod judex possit reprobare compensationem, *l. quod in diem 6. § 1. h. t. d. l. fin.* quodque ea facti sit, velut exceptio quælibet, quam judex supplere non consuevit, *l. ume ubi Cass. C. ut quæ d. f. ad.* aliisque multis argumentis con probant, *l. 1. in fin. quæ sententia sine appell. resc. l. si autem § fin. de neg. gest.* Quod autem dicitur Minus deberi *in d. l. 4.* de effectu accipiendum esse volunt, ut accipi in jure verba solent: verbum enim ipso jure, sæpe significare quod ipsa lege fit, facto tamen hominis requisito: ut cum dicitur, ipso jure actiones exceptionesque dari, Ipso jure sententiam vel testamentum esse nullum. Et apud Just. ea verba nihil aliud velle, quam quod compensationes, videlicet cum ab homine opponuntur, ita fiant ipso jure omnibus indifferenter judiciis, ut etiam nulla inserta (ut olim) a Prætore judicii formulis compensationis exceptione atque clausula, possit judex, postquam oppositæ sunt, de iis nihilominus cognoscere. Potest etiam id quod dicitur Minus deberi, ad petitionem referri: ut enim effectu debitor non est, a quo peti nequit, *l. Marcell. 66. de reg. jur.* ita nec debetur, quod compensari potest. Nam ob compensationis metum olim Minus petendum erat, ne causa caderet plus petens compensatione postmodum opposita: *l. 4. h. t. Paul. lib. 2. c. 5.* Id quod voluit Paulus *d. l. postea quam.* cum ait, Minus peti. Neque tamen inde consequitur, non opus esse compensationis objectione. Nam ideo minus petebatur, ne objecta forte subinde compensatione, litem actor amitteret plus petendo, qua compensatione omissa, tenuisse intentionem integrum debitum petentis, consentaneum est.

9 *Finis compensationis.*

Finis compensationum est, Ut præcidantur occasiones litium, unoque judicio negocium, ultro citroque contributione facta, transigatur, quod alioqui pluribus esset explicandum: utque servetur æqualitas, & ea æquitatis ratio, quam supra posuimus. Et hæc Jure civili obtinent. Moribus Sax. verò compensationi non est locus in judiciis, *lib. 3. art. 12.* sicuti nec reconventioni, *Chil. in prac. cap. 60. per d. art. 12. & 78. l. 3. Leben. cap. 18. Fach. diff. 46. Reinhar. diff. jud. 4. & 5.* cujus quædam est species. *Bal. in l. si constat C. de compens. Alex. cons. 119. vol. 2.*

10 *Effectus, affinia, contraria, remissivè.*

Effectus supra indicatus est, ubi diximus, per compensationes ipso jure minui actiones, *d. § in bonæ fidei.* Affines sunt Mutuæ petitiones seu reconventiones: *l. 1. § sed si agant. de jud. l. pen. C. de sentent. &c. extr. de mut. petit. ubi latissimè Socin.* distant tamen in nonnullis: quia introduci debent, cum illa minuat ipso jure: *l. postea quam 21. h. t. l. 4. C. eod.* & introducuntur de re illiquida, dubia, & litigiosa, cum illa sit juris liquidi. *l. ult. C. eod.* Contrarii sunt casus, in quibus compensatio non admittitur, qui passim alibi notantur, *l. 2. § 6. 7. 9. l. pen. l. ult. C. eod.*

O B S E R V A T A.

Compensatio dicitur ambigue.

N. II. *Est autem compensatio*) Omninò prius excutienda est vocabuli ambiguitas. Sumitur autem compensatio ferè dupliciter I. Latissimè pro adæquatione rerum quæ quocunque modò aliquam comparationem habent. Ita est lucri & damni compensatio in societate, *§. de illa l. de societ.* II. Refertur ad debiti cum alio adæquationem, deductionem & retentionem unius pro alio: atque iterum dupliciter 1. Latè & generaliter, cum creditor loco rei debitæ aliud quid volens accipit, ac illud pro re ipsa debita retinet. Sic accipitur in *l. 1. C. rer. am. l. 6. C. de rei vind. l. 7. §. 5. l. 24. §. 6. sol. matr. l. 39. de pignor. act. l. 20. C. de solut. l. 6. C. de hered. pet.* Eodemque sensu compensatio dicitur operari vel *retentionem perpetuam*, quæ habet vim & potestatem solutionis *l. 4. C. h. t. l. 18. de pign. act.* vel *temporalem*, quæ fit loco pignoris, *l. 39. d. t.* aut ad certum tempus debitum saltim tollat vel minuat, sec. *l. 5. de impens. in res dotal.* 2. Strictè & per excellentiam compensatio est debiti & crediti adæquatio, s. quantitatum quæ in genere suo functionem recipiunt, ita ut unum pro alio invito alteri solvi queat. Sic definitur in *l. 1. h.* debiti & crediti inter se contributio s. confusio, h. e. per æris sui computationem ab ære alieno liberatio.

Differentia a confusione.

Differt tamen compensatio ab ipsa confusione propriè tali, quæ est cum debitor creditori vel hic illi succedit, *l. 50. l. 71. de fidejuss.* & obligatio itidem ipso jure confunditur & tollitur, *l. 75. l. 95. §. 2. de solut.* Debitum quidem generaliter significat & quod debetur ex obligatione, & id quod nostrum est, *l. 178. §. f. de V. S. arg. pr. de act.* & per *f. C. h. t.* quæ est de actionibus in rem, quibus non summa sed species peti solet. Verùm intelligendum hoc quat. res s. species petita extare desiit, pro qua possessor æstimationem debere incipit: puta cum res petita dolo aut culpâ possessoris periit, juxta *l. 68. de R. V.* tunc enim agitur de quantitate s. re fungibili quæ sua natura admittit compensationem, D. Perez. *C. h. n. 7.* Post Donell. *ad d. l. fin. C. h. n. 2. v. sed objicitur & in §. 30. de act.* Zanger. *de except. p. 3. c. 8. n. 114.* Ideoque in rem actionum, quâ species iis petuntur, nulla est compensatio, nisi in significatu latiori: & quoad effectum retentionis: quæ & videtur sententia Dn. Frantzkii *comm. h. n. 19.*

Quid in l. 1. h. sit contribuere.

Cæterum *contribuere in l. 1. h.* est permiscere creditum & debitum ut confundantur, *l. 11. §. 5. 6. ad L. Falcid.* i. e. ut obligationes utrinque tollantur, *l. 7. C. de pact.* Eleganter Molina *disp. 560. n. 1. compensatio*, ait, *est collatio quantitatum, in quib. duo sibi invicem sunt debitores & creditores, ut id detrahatur de eo quod reus debet, minimeque debitum censeatur ac pronuncietur id quod vicissim ei actor debet.*

Dist. comp. in vol. & necess.

Atque ex hisce distinctis acceptionibus constat divisio Dd. quâ dicunt compensationem aliam Voluntariam, aliam necessariam. Illa est, in extensa significatione, quæ etiam non quantitatum, & fit actore volente: hæc quæ non volente illo, & quantitatum *ad d. tamen n. 6. h.*

Ratio compens. civ. & nat.

Utraque ex civili & naturali ratione est. Ex civili & externa ratione propter lites dirimendas, quodque commodet valde rebus agendis, si hujusmodi compensationes fiunt, in quibus celeritate rerum inter se conjungendarum & compendio quodam, duo actus solvendi & accipiendi occultantur & expediuntur. Ex naturali ratione est compensatio, quod naturalis æquitas inter homines æquitatem exigat seu utriusque partis qua debeat haberi ratio, certè fit per compensationem, quâ eodem uterque jure utitur, *Obrecht. disp. 4. de compens. th. 257.* Aliam rationem habet. Dn. Frantzk. *comm. h. n. 6.* Cæterum stricta juris ratione ea quæ utrinque debentur, nihil inter se habent commune, sed ut utrique pro suo debito singularis actio competit, sic & distinctim, cuique ordinariâ viâ facienda solutio est.

Requisita compensationis.

N. IV. *Sive ex contractu*) Ad hoc ut compensatio (necessaria) locum habeat, videtur A. hic V. requirere. 1. Ut sit *debitum utrinque* 2. ut *res generis*, 3. ut *verè debeatur*, 4. ut *purè*, 5. ut debitum sit *liquidum*. Debitum, ut diximus, accipitur hic latè, *arg. l. 108. de V. S. l. f. C. h. t.* Uti ex obligatione est, vel ex contractu descendit vel ex delicto.

An fit ex delicto.

Equidem ex quo contractu invicem debeatur perinde est, at non eadem ratio in delictis: Unde nec generaliter verum Brocardicum

dicum illud t dolus cum dolo, delictum cum delicto compensatur. Nam aut paria sunt delicta (puta utrumque est commissum dolo vel culpa) & compensantur, sive circa idem s. circa diversa reperiatur dolus vel culpa, *l. 39. sol. matr. l. 36. de dol. mal.* aut delicta sunt diversa, puta, unum est ex dolo, alterum ex culpa; & tunc est vel circa idem factum, & non fit compensatio, quia non potest introduci æqualitas, cum dolus præponderet culpæ; ut in *l. f. ad L. Aquil.* vel est circa diversa, & compensantur, cum uterque delinquens teneatur civiliter s. pecuniariè ad quantitatem, *l. 10. pr. & §. 2. h. t.* Vid. *Dynus in c. 65 de R. I. in 6. Treutl. 1. D. 25. th. 7. ibique Bachov. & idem in not. ad A. h. Medic. de compensat. p. 1. quæst. 34. 35. 36. & 37. Cels. Bargal. tr. de dol. lib. 6. de regul. dolo c. 15. Add. Mastert. de compens. q. 17. n. 3. & seqq.*

In publ. judiciis.

N. V. *Nam in publicis judiciis*) Imò generaliter in criminibus quæ aliam pœnam habent quam pecuniariam, compensatio nulla est, *d. l. 10. §. 2. h. t.* Accedit quod pœna hic non debeatur accusatori sed Reip. vel fisco, adeoque hic non sit debitum mutuum, ergo nec compensatio, *arg. l. 1. h. t.*

Objecta compensationis.

N. VI. *Cum res in suo genere fungibiles*) Distinguendum inter objecta compensationis voluntariæ & necessariæ. Illa *res quæcunque*, sive quantitate consistant, sive non; quia ibi solum voluntate contrahentium res una præstat vicem alterius, *arg. l. 17. C. de solut.* adeoque talis compensatio dependet ex principiis agentium. Hæc *sunt res quantitatis*, h. e. quæ pondere, numero aut mensura constant, in quibus aperta paritas & adæquatio. Adeoque ex natura rei & objecti fit locus compensationi, atque Legis autoritate. Hinc regula esto: *Quantitatis cum quantitate, alias generis cum genere*, (rectius rerum sub genere contentarum) *compensatio est*, *l. 4. 5. h. t.* Quæ tamen nec vera simpliciter, sed cum tribus conditionibus

Res quantitatis.

Diversæ.

I. est modò res *sub uno non diverso genere* contineantur, v. c. compensatur vinum cum vino, oleum cum oleo, aurum cum auro, pecunia cum pecunia; quia sunt res ejusdem rationis & speciei: non autem vinum cum oleo, aurum cum pecunia; quia diversum genus facit diversitatem rerum. II. Ut & *ejusdem sint qualitatis* seu bonitatis, *l. 4. C. h.* ut vinum Romanum vetus cum veteri, non novo; quia non eadem utrobique est bonitas. Inde compensantur rectè centum Imperiales cum Imperialibus aliis, sed non cum aureis h. e. pecuniæ quæ in una specie debetur cum pecunia quæ debetur in alia, nulla compensatio est; quia cum diversis corporibus debeantur, ipsarum quoque non paritas est sed diversitas, *Dn. Jacob. Mastert. de compens. q. 20.* Secus itaque si pecunia sic non debeatur, tum enim potius quantitas credita censetur, cujus utrobique eadem qualitas, Obrecht. *d. disp. th. 110. & seqq.*

Ejusdem quantitatis.

III. Requiritur ut res istæ sint quoque *fungibiles*; mutua enim functio in iis æqualitatem facit, *arg. l. 2. §. 1. de reb. cred.* quam exigit omnis compensatio. v. c. centum floreni Mariani rectè compensantur cum totidem florenis quos alter ex adverso debet, Obrecht. *d. d. th. 120. & seqq.* Ubi verò cavendum, ne functionem hic restringas ad illam quæ in mutuo, & rerum quæ pondere, numero, mensura constant, *d. §. 1.* Nam si hinc inde debentur, v. c. centum boves vel equi *in genere, s. indeterminatè in individuo*, quamvis enim hic non sit functio mutua talis, qua de modo diximus, est tamen *functio generica*. Et, ut rectè Tyndarus *de compens. art. 3. n. 5.* genus habet *functionem aliquam*, quatenus utrumque debitum in genere diversis personis pariter *debetur*: & in obligatione est *id quod nec optimum est, nec quod pessimum*; nicht das beste/auch nicht das schlimmeste h. e. mediocre *l. 37. de leg. 1. l. 35. §. 2. C. de donat. l. f. §. 1. C. comm. de leg.* Gl. & Dd. *comm. in §. 30. de act.* quod Bartolo adeo placuit, ut pudorem esse dixerit contrarium asserere, ceu fatetur ipse dissentiens Obrechtus *d. d. th. 128.* Adde Molinæum *d. disp. n. 19. v. quando ex aliis.* Patet ideoque hinc, quod nulla sit compensatio 1. speciei cum genere s. quantitate, & contra, *d. l. 18.* Ratio est, quod harum rerum non sit functio mutua sed disparitas, *arg. l. 3. §. 4. ad L. Falcid. l. 47. §. 1. de leg. 1.* Eodem pertinet, non esse compensationem, si tibi debeam centum, tu mihi nummos illos quos in arca habes; quia in altero quidem verè adest quantitas, sed nummi in arca habent naturam speciei s. corporis, *l. 51. de leg. 1. junct. text. ib. modoc.* quantitatis autem ad quantitatem illam quæ per modum speciei debetur, compensatio nulla est, *Mastert. d. tr. q. 10. Conf. Tyndar. d. art. 3. & Medic. de compens. p. 1. q. 3. n. 5. & seqq.* qui quinq; exceptiones facit quibus & speciei sit compensatio; *d. d. th. 8. ibique Bachov. Zanger. de except. p. 3. c. 6. num. 38. & seqq. Mastert. q. 18.*

Fungibiles.

Quæ res hic excludantur.

An debitum litig. compensetur.

N. VII. *Verè subsistit*) Agitur hic I. de debito vero. Hinc ergo Q. *An etiam debitum litigiosum veniat in compensationem?* Quod aff. per text. *in l. 8. h. t.* Si enim quis debitum in judicium deduxit per modum agendi, pendente lite, potest in alio judicio idem debitum deducere per modum excipiendi ad compensandum. Ratio est, quod nemo diligenter causam suam in judicio persequendo conditionem suam faciat deteriorem, *l. 86. & 87. de R. I. ibique Stur.* debitumque possit esse liquidum, quod actor ex pertinacia debitoris in judicium deducere coactus est. Neque contrariatur, quod lite pendente nihil sit innovandum, *l. 30. de judic.* quia hoc verum quoad actionem alibi non instituendam, non verò quoad exceptionem (quæ instar defensionis est) omittendam.

An debitum naturale.

(2) Q. *An & illud compensari possit quod tantùm naturaliter debetur?* Affirmatur hoc in *l. 6. h. t.* sed valde contrariari videntur *l. 2. C. h. l. 40. l. 41. l. 29. de cond. indeb. l. 16. § f. ad Senat. Velles.* Resp. Obligatio naturalis hic est quæ jure naturali efficax ad agendum. Hæc autem jure positivo vel per exceptionem perpetuam elidi potest, *l. 14. h.* vel non, ut v. c. quæ parit eodem jure exceptionem. Illius nulla compensatio esse potest, quod verè non debeatur tale debitum jure positivo. Sic enim si quis indebitè quid solvit ex causa judicati, cum revera & naturaliter non deberet, postea ex alio capite ab eodem conventus cui solvit, non potest objicere compensationem, q. iste naturaliter sit obligatus ad reddendum quod ex injusta condemnatione accepit, quia alter rectè excipit debitum fuisse civiliter ex causa judicati, *d. l. 2. ibique Dn. Brunnem.* Ita & qui præscripsit actioni, naturaliter quidem obligatus manet, attamen creditor compensare nequit, sed repellitur exceptione perpetua sc. præscriptionis. Idem est in debito illo naturali, quo mulier intercedens astringitur, & pupillus sine tutoris authoritate contrahens nec factus locupletior, quia petentibus inde perpetua obstat exceptio, *d. l. 41. l. 29. ad l. 16. §. f. junct. l. 14. h. t.* Debitum naturale alterius generis, compensationem haud respuit, *arg. l. 7. §. 4. de pact. l. 2. C. de fidejc.* Jung. D. Perez. *C. h. n. 6.* II. Conditionale debitum; quod e hic, etiam verum quidem est, quâ debetur; sed quatenus non actu s. statim, (ideoque dies nec cessit nec venit, adeoque nec solvi potest,) illius nulla hic ratio habetur, *l. 7. l. 17. §. 1. h.* Nisi (1) dies humanitatis tantùm gratia sit indultus ad solvendum, *l. 16. § 1. h. Zang. p. 3. c. 6. n. 22. & 24.* (2) Nisi actor compensationem ejus quod in diem debet ante diem admittere velit; quia illud intermedium tempus ad solvendum debitoris gra-

tia

Quot modis liquidum sit debitũ.

gratia adjectum videtur, *l.41.§.1.& 2.de V.O.* cui favori adeoque renunciare potest, *arg.l.pen.C.de pact.* *Anton.Fab.in Cod.lib.4.tit.21.definit.* III. Videndum hic inprimis de debito liquido propter *l.f.C.h.* §.20. *de actio.* Dicitur autem tale tribus modis. 1. Ex *confessione* adversarii, vel ore facta vel instrumento in scriptis: patet namque ex sensu corporeo, quia audiri aut videri potest: 2. *Genere quaestionis* seu constitutione causae, cum de facto non disputatur, sed de quaestione juris, v.c. an ex mora debeantur usurae in contractibus b. f. Hoc enim liquidum est, quia jure certo definitum, *l.32.l.17.§.3.de usur.* indeque secundum Rhetorica principia status est finitivi seu Legalis; lex autem certa est & principium demonstrationis, 3.*Rhet.*17 Idem itaque hoc est cum priori, sc. ratione generis (liquidi) licet non ratione speciei seu modi, quo liquidum fit 3. Ratione *caloris probationis*, h.e. quando debitum ampliorem & majorem indaginem non exposcit. *l.f.* §. *ita tamen vers. hoc itaque C.h.t.* Quantum autem temporis hic requiratur, arbitrio judicis relinquendum est, *Menoch. de arbitr. jud. l.1.cas.13.* Quod enim dicitur in *l.46* §.4. *de jur. fisc.* eum qui fisco opponit compensationem, debitum docere debere intra duos menses, id vel est ex veteri jure ante constitutionem *l.f.C.h.* vel in fisco singulare. Tunc demum autem haec probatio admittitur, ubi exceptio compensationis initio litis opposita. Nam si in ipsa executione (ut fieri potest) opponatur, nō admittitur, nisi per confessionē aut per instrumentum productum in originali atque recognitum statim liquida fiat, *d.l.f.§.ita tamen vers. hoc itaque.* Neque verò his quae diximus de debito liquido obstat, quod etiam litigiosum debitum possit compensari *sup.n.7.* Nam etsi super debito lis sit contestata, potest tamen id omne liquidum esse vel ex instrumento adversarii, vel ut mox liquidandum. Adde nunc Dn.Stuckium *p.1.cons.4.n.*137. 983. 2006. Do. Richter *p.6.cons.5.n.*108.

Different compens. & reconv.

N. VIII. & IX. De ratione compensationis videsis Bach. *in not.h.* ubi A. explicationem approbat & latius exponit. N. seq. vult Wesenb. Jure Saxonico compensationi non esse locum in judiciis quod ex iisdem excludatur reconventio, cujus species sit compensatio. Ejusdem opinionis est Zobel.*p.1.diff.jur.Civ.& Sax.diff.*39. Verùm (1) reconventio proponitur per modum actionis, compensatio verò per exceptionem: (2) haec est quaedam solutio. *l.4.l.30.h.* illa neutiquam, sed species actionis, *l.4.qui pot.in pig.l.10.de liber.caus.* *l.4.C.h.* (3) compensatio fit ipso jure. & opposita fingitur translativa juris fictione) facta ex die quo mutuò coepit deberi, *l.11.l.21.h.t.* Reconventio tantum facti est. (4) Haec est debiti litigiosi, illa non nisi debiti liquidi. (5) Sax. jure veteri nullibi est sublata compensatio: quin ex novissima constitutione Electoris Augusti *p.1.const.*8. dummodo liquida, admittitur. Vide Sigebert. *de reconv.c.5.n.7.& c.6.n.15.& seqq.* Mind. *de process.mand.lib.3.c.6. n.3.* (6) Quod A. porro de reconventione jure Sax. prohibita ait, id simpliciter verum non est; sed hactenus, ne statim post actionem proponatur, & pari conventione passu exerceatur, & terminetur, sed finita demum priori instantia. In eo itaque conveniunt jus comm. & Sax. quod utroque jure actor teneatur respondere petitioni mutuae, coram Judice rei conventi. Sed illo durante priori instantia, & processu simultaneo, hoc verò actione finita. Atque ita rectissimè Wesenbecium *h. l.* 60. explicat Zobelius *d. diff.*19. *n.*8. Differt compensatio & à retentione. Retentio non est pro solutione, *arg.*

Comp. de retentio.

l.26.§.4.de condict. indeb.l.5.de dote praleg. Neque fit ipso jure, *arg.l.14.§.1.comm.divid.* Nulla est nisi actualiter possidentis, *l.1.pr.de pignor.l.29.§.1.de evict.* Retineri possunt tam species quàm res fungibiles: Retinetur etiam debitum illiquidum: Quicunque compensat, retinet, sed non omnis qui retinet compensat, *arg.l.39.§.14.de adm.tut.* Quod verò Mynsingerus ad rubr. *de rer. divis.* dicit & ipsi esse jus in re qui habet retentionem, verum est si jus in re latissimè accipiatur, pro quacunque potestate circa rem. Nec sufficit ab ipso citata *l.19.§.2.de haer. petit.* Est enim de re cujus possessor defunctus quidem retentionem habuit, nullam verò actionem, & sic nec jus in re nec ad rem, quae tamen, si post mortem ejus ad alium pervenit, ab haerede vindicari queat petitione haereditatis. Hoc vero non exinde est, ac si haeres in re illa jus specificum habeat, (tale enim nec defunctus habuit) sed quia haereditatis petitionis natura adeo latissima est & hactenus singularis, ut non saltim contineat ea in quibus defunctus jus in re habuit vel ad rem, & quaecunque in haereditate inveniuntur, alia aut quae defuncti fuerunt tempore mortis, res etiam planè alienas, *d.l.19.*

An retinere valens habeat jus in re.

Effectus comp. Solutio.

N. X. *Effectus*) Insignior effectus est, quod sit loco solutionis, *l.4.C.h.t.* liberatur enim debitor compensatione admissâ aeque ac solutione. Quamvis namque pecuniam naturaliter haud numeret, tamen cum patiatur creditor eam pecuniam ad cujus praestationem vicissim obstrictus est, apud eundem remanere solutionis causâ, eo ipso debitor eam facit creditoris, *arg.l.55.de solut. junct.l.9.§.5.de A.R.D.* Attamen liberatur debitor non amplius quàm ad concurrentes summas s. quantitates, *d.l.4.& l.5.C.h. l.1.ff. eod.* Ita tamen ut factū excipiendi non excludatur. Potest enim judex reprobare, *l.7.§ f.h.* Si autem opposita est, vim suam exerit retrò fictione juris translativâ, ex eo tempore quo utraque pecunia debetur, non à tempore exceptionis oppositae vel admissionis, *l.11.§.& l.10.C.h.* Et hoc est quod dicitur, compensationem ipso jure fieri quoad concurrentes quantitates *l.8.C.eod.l.11.l.21 ff h.t.* Pertinet huc insignis quaestio, *an qui juravit se soluturum, possit compensare*? Negant multi, (1) per *c. ad nostram. de jurejur.* (2) quod compensatio non sit solutio realis, sed civilis. (3) quia compensatio & praestatio per aequipollens non admittitur in deposito, propter exuberantiam fidei; ergo multo minus in promissione jurata. Verum in *d. c.* jusjurandum de solvendo adimpletur per fructuum perceptorum imputationem in sortem. Neque minus compensatio, quàm quae fit pecuniae adnumeratione, vera solutio est, plenam habens liberationem. *l.4. C.h.* in deposito autem excluditur compensatio saltim jure positivo, ne facultas deponendi facilè adimeretur, Itaque verior est sententia Bart. *in l.amplius rem ratam haberi.* & Covarruviae *in c.quamvis de pact. in 6.p.2.§.4.n.9.* distinguentium. Vel enim tempore jurisjurandi adfuit mutuum debitum, vel non. Hoc casu jurans haud compensat, quia de eo non potuit cogitare propter materiam cessantem, quae est debitum mutuum, nec juram. ad incogitata extenditur. Ideoque compensationem exclusisse intelligendus est qui se soluturum juravit, Altero casu rectè compensat; tum quia paria sunt solvere & compensare, ex communi usu loquendi & juris dispositione, *l.4.qui pot.in pigno.* adeo ut liberatio ipso jure fiat, retrahatur que ad debiti mutui initium, *d.l.4.C.h.* quia jurans etiam de solutione per confusionem hanc concurrentium quantitatem cogitavit, Molina *d. disp.* 558.*n.*7. *& mult. seqq.* Filliuc. *tr.*25. *c.*8. qui *in f.* concludit etiam in foro externo admitti compensationem, quoties ea haud exclusa sit per juramentum vel intentionem. Illud namque indubium est, quod idem habet *n.* 249. *v. respondeo*, ubi

Qu

qui quis juravit realiter solvere & ita intendit, compensationi locum non esse, etiam ubi subsint debitum mutuum. Quamvis enim dispositione juris paria sint compensatio & solutio, tamen revera differunt, illa quæ fit per pecuniæ annumerationem, & quæ virtualiter pro tali est, atque æstimandum est jus jur. ex verbis & mente jurantis, juxta principia humanarum actionum. Addat. Joh. de Lugo *disp.10.sect.6.n.117.* Cæterum plures compensationis effectus recensent Sebast. Medi. *d.tr.p.2.q.2.31.* Tyndar. *tr.eod.art.10.*

Casus qui bus cessat compensatio jure posit. Regula 1. cũ except.

Casus in quibus compensatio non admittitur) Duæ hic inprimis regulæ observandæ sunt. Prima est: *compensatione utuntur quicunque obligatos sibi habent eos qui petunt invicem, i.e. debitores contra creditores, arg. l.1. h.t.* Cujus exceptio primo loco est in *fisco*, *ut. l.1. C. h.t.* quamvis enim etiam illi à debitoribus possit opponi hæc exceptio, *l.46.§.5. de jure Fisci.* ut & à debitore civitatis; *l.3. C. eod.* tamen hoc verum demum est, si eadem statio debeat & petat, Gothofr. *in d.l.1.* Secundo limitatur in *l.2.C.h.t.* ubi quis *condemnatus* solvit, qui revera non debebat. Licet enim is à victore postmodum alia ex causa conventus vellet compensare ex causa judicati (quod revera non debuit, adeoque actor naturaliter sit obligatus ad reddendum) tamen non auditur; quod naturalis illa obligatio possit infringi per exceptionem, *l.14.ff.eod.* Tertio in *l.3.C.h.* octo sunt exceptiones, quibus adversus fiscum & civitatem debitores compensare nequeunt: ut (1) si quis ex mutuo accepta pecuniâ, *debitor* sit *Reip. ex Calendario.* Erat autem hic liber continens designationem pecuniæ fœneratitiæ, *l.pen. de reb. cred. l.46. de leg.5.* Idem hodie obtinet in Cambiis publicis Hamburgi, Francofurti & aliis in locis. (2) Si quis debitor sit *ex vectigalibus*, *d.l.3.* h.e. nomine mercium quæ invehuntur, so einer Zoll schüldig ist (3) Si quis debitor *fisci vel reip. ex frumento vel oleo publico pecuniâ* h.e. ex frumento vel oleo, aut horum loco pecuniâ quæ annonæ causa debetur, (in die Korn oder Proviantheuser) quo nomine veniunt res omnes ad victum pertinentes, *l.1. l.f. ad L. Jul. de annon. d.l.46.§.5. de jur. fisc.* (4) Si debitor reip. sit *ex causa tributorum*, wegen Schoß und Schatzung/ *d.l.46.§.4.* sive ea personarum sint & capitis, sive prædiorum, *l.3. de censib. l.42. de pact. l.13.§.6. de act. emt.* Quod egregiè illustrat Responsum facult. ad Senatum H. a. 1645. d. 26. Mart. verbis: das nicht desto minder die creditores oder deren Erben von ihren eigenthümlichen unbeweglichen Gütern und vermögen/ nach proportion deren einkommen und nahrung/ die nachstendige collectas zu erhaltung deß gemeinen Stadwesens einzuschaffen verbunden / und dieserwegen etwa eine compensation mit demselben so sie verschossen und damit ihnen gemeine Stadt hinwieder verwandt / nicht anziehen noch gebrauchen mögen. (5) Si quis sit *debitor alimentorum civitatis*, *d.c.3. C.h.* h.e. ejus v.c. pecuniæ, quæ redigitur in alimenta civitatis, quæ publicè præstari solent in Xenodochiis Orphanotrophiis, & Ptochotrophiis, Asceteriis, &c. (6) Si quis *debitor pecuniæ quæ statutis sumtibus servit*, *d.l.3.* ut quæ destinata solvendis stipendiis magistratibus, consiliariis, Professoribus publicis &c. (7) Si quis existat debitor *fideicommissi civitatis d.l.3.* hoc est quod civitati erat relictum. (8) Qui à *fisco rem fiscalem emit*, pretium debitum cum altero sibi à fisco debito non compensat, *l.7.C.h.* Perez. *C.h.l.n.15.* add. Dn. Brunnem. *d.l.3.* Cæterum in *l.6.C.h.* nulla est exceptio. Illa verò quam habet *l.pen.* eadem est cum illa, *in l.1.eod.* Quartò, aliæ duæ exceptiones sunt *in l.ult. C. h.t.* quarum prima in *re deposita*, altera *in spolio*. Sed contrariari videtur *l.ult. commod.* ubi etiam excipitur commodatum. Responderi potest, commodato non posse opponi exceptionem compensationis, non quasi sit exceptum à regula; verùm quod semper in eadem specie (potius in individuo) sit restituendum, add. *l. non abs re. C. unde vi*) ejus itaque ut corporis ad quantitatem ex se merito non est compensatio. Aliud est in commodati retentione s. pensatione ob impensas, *l.18.§.f. commod.* Deinde notandum, quod dictæ exceptiones sint intelligendæ in terminis habilibus, h.e. ut compensatio locum habeat ubi ejusmodi sunt actiones: Ex quibus utrinque res generis *l.59. de jur. fisc.* & fungibilis debetur, & quidem, vel (1) ab initio, puta si pecunia sit deposita, aut alia res quantitatis, eademve spolio ablata, tunc enim vera est exceptio, quia de regula: vel (2) si deposita quidem sit certa species, eademve spolio ablata, sed postmodum perempta aut aliàs præstari nequeat, ut sic de ejus æstimatione quæratur; & tunc enim cessat compensatio. Nam extra hos terminos ex se certum est, nec in deposito, nec spolio dari hanc exceptionem, ex ratione regulæ quod quantitatis ad speciem s. corporis nulla sit compensatio, per *not. ad n.6. h.t.* Accedit fides illa quæ in deposito est exuberanter, quâ de eleganter Aristot. *problem.29.th.16.* 2. unde depositarius rem depositam reddere tenetur illico s. confestim, *l.1.§.22. depos.* Spoliatus item ante omnia est restituendus, cum spoliator plus quàm moram facere intelligatur, *l.pen. de vi & vi arm.* propterea que nec rei interitu liberetur, *l.8. l.f. de cond. furt.* Zang. *d. p.3.c.6.n.11. & seqq.* ubi & alia dubia resolvit, Medic. *d. tr. p.1.q.14. & multis seqq.* Verùm enim verò obtinent prædicta ex ratione publicæ utilitatis, *arg.3.pol.6. in f.* lege positiva, *ne quisque sibi quodammodo judex fiat pro libitu per prætextum quæsita ex re aliena solutionis, quod ne fiat indistinctè, publicè interest.* Equidem contendit Grot. *de I. p. & 6. c.19.n.15.* compensationis originem esse hanc, *quod si quod nostrum est aut nobis debetur consequi non possimus, ab eo qui nostrum habet aut nobis debet, tantundem in re quavis accipere valeamus;* unde sequatur, *quod multò magis possimus id quod penes nos est, sive corporale sit, sive incorporale, retinere.* Verùm antecedens, maximè distinctis rerum dominiis, legibusque & magistratib. constitutis, vindictam privatam implicat, jure etiam nat. prohibitam. Vid. not. *t. de judic.* Cæteroquin juri naturali conveniens videtur tunc in commodato & deposito compensatio, quando nulla ratio alia adest debiti obtinendi, v.c. si deponens præter id quod deposuit, in bonis nihil habeat, quia haud injustum censetur, *sibi satisfacere ex re alterius* per retentionem (quæ diversa ab acceptatione, & facilior,) *ubi cessat omnis alia ratio debiti consequendi, seque ita quodammodo defendere.* Et hæc ferè sententia est Filliuci *tr.34.n.18.* Joh. de Lugo *disp.35.sect.2.n.13.* quæ, ut ut ei locus dandus videatur, ubi v.c. depositarius scit sibi aliter consuli non posse; non obtinebit tamen ubi copia est judicis adeundi, qui prospiciet de debito deponentis solvendo, vel sic, ut res deponenti coram magistratu quidem restituatur, hic autem eam, tunc ad petitionem depositarii præclusam distrahat illique solvat. Tantum de regula prima. Cui similis fere est illa ex Capit. Karol. & Ludov. *Imp.7.c.224. Si quis debeat alicui solidos decem, & illi qui debet de quacunque ratione, debeantur a creditore suo solidi quinque, & veniens creditor totos decem solidos à debitore petat, si probaverit ille debitor sibi ab eo quinque solidos deberi, qui illum in solidum pro totis decem solidis convenit, causam perdat qui noluit debitum compensare. Similis ratio est de frumento vel de aliis speciebus.* Verùm licet haud sit inconveniens, imò gemina legibus Romanis quantitatum s. generis compensatio;

Ratio prohibitæ interdum compensationis.

Grotii examinata.

An jur. nat. in depos. commod. compensatio.

Ratio compensat. ex Capit. Karol.

Examinatur.

pensatio; (nam quod de speciebus *in fine* adjicitur, intelligo de iis, quæ sub eodem genere continentur) attamen admittere sic compensationem universaliter, parum æquitatis habet, nec utile est societati civili, ut arguunt exceptiones ex jure Romano nobis expositæ. Neque dubito, quin justius sit, adigere debitorem ad compensandum, opposita ipsi exceptione, quam ex eo solo quod non initio debitum suum imputaverit, causam perditam pronunciare. Facti enim est compensatio, ex obligatione, quâ debitor creditorem iterum devinctum habet, & planè diversa ab altera, descendens. Et allegatione itaque opus est & probatione, atque ad hanc sequitur judicis pronunciatio, quâ summæ concurrentes pro compensatis declarantur: juxtà illud Senecæ 5. *de benef. pecus abegisti, servum eius occidisti? licet me comparare inter se quantum profuerit mihi quisque aut quantum nocuerit, & tum pronunciare, utrum plus debeatur mihi an debeam.* Quemadmodum in Facultate nostra juridica responsum versus Bremam, anno 1645. d. 22. Febr. verbis: Daß ihr ewre vorgeschützete exceptionem compensationis in nachgesätzten Posten so ihr für N. bezahlet &c. der gebür dargethan und erwiesen. Könte ihr aber vermittels Cörperlichen Aydes erhalten/daß ihr auch die jenige Posten/so oberwehnter massen nicht erwiesen/ N. halber warhafftig bezahlet; so were ihr dieserwegen zu dem juramento suppletorio gestalten Sachē nach/ Klägerinnen ohngehindert/ zu verstatten/ darauff obangeregte Posten mit denen von Klägerinnen geforderten 252. und einē halben Reichsthaler in compensationem zuzulassen / und dieselbe nach befindung/ zur bezahlung des überrests/ jedoch ohne mehreres und mittels auffhebung der beyderseits auffgewandten Gerichts Kosten/ zu condemniren und zu vertheilen. Et anno 1621. Eberhardo Michaelis Paderb. Als ihr uns ergangene acta in sachen Michael Wallich Juden / dessen fidejussoren und cessionarien Klägern an einen/ und dan Euch beklagten am andern theil zugesandt / &c. daß ihr zu dem anerbotenen juramento suppletorio zu verstatten/ Klägere auch nach zugelegter Rechnung und vorgangener compensation der von den 200. Thalern quæstionis nachstendiger 30. Thaler: euch ewre außgegebene Handschrifft hinwieder außzuantworten schüldig sein: V. R. W. Quin, creditore licet nolente compensare, nihil tamen interest debitoris ad dandum saltem adstricti, quia reddendo semper sibi potest consulere. Cæterùm altera regula juris nostri est hæc: *Quod non debetur, ad invicem compensari non potest*, seu ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. *l.* 9. *C. h. l.* 19. §. 1. *l. pen. ff. eod.* Juxta quam memini in Colleg. Facult. responsum A. de W. anno 1640. d. 7. Julii, verbis: Daß die begehrte compensatio, als welche nicht wieder angedeuteten Bürger und Kauffman zu Brandenburg/ sonder wieder die Stadt obgedacht/ und also contra tertium angestellet werden wil/ in diesem fall nicht statt habe. und obschon mehrgemelte Städte ihrer Bürger und Einwohner Haab und Güter/ beweg. und unbeweglich/ zum unterpfande verschrieben: so kan doch solches die Bürger / als welche sich zur wiederzahlung nicht verpflichtet / noch diese Schuld absonderlich auff sich genommen/ zu nichts verbinden. V. R. W. Exceptio est (1) in fidejussore, qui à creditore conventus ex causa fidejussionis, compensare potest id, quod vicissim debet creditor debitori principali, *l.* 4. & 5. *h. arg. l.* 7. *l.* 19. *de except.* Verùm si creditor fidejussori, & non principali reo debeat, compensatio nulla est; quia non, ut fidejussor obstrictus est ad id quod debet reus principalis, ita vicissim reus principalis ad id, quod extra fidejussionis causam debet fidejussor. Nec, sicuti per mediam fidejussoris personam pervenitur ad debitorem, *l.* 46. *de fidejuss.* ita per mediam debitoris personam ac fidejussorem. Vid. Hering. *de fidei.* c. 20. §. 6. *n.* 4. Mæstert. *d. tr.* q. 5. (2) Excipiuntur filiifam. qui compensare possunt, quod creditoribus patris debetur, si caveant de rato, *l.* 9. *h.* (3) Correi debendi, si sint socii, *l.* 10. *de duob. reis.* Idemque de conjugibus, ubi ex statuto vel moribus socii omnium bonorum, *arg. d. l.* 10. (4) Cessionarius, hic enim potest compensare cum actore, quod is debet alii, cedenti; quia exceptio compensationis sit in rem scripta, *arg. l.* 1. *h.* & fidejussori competat, *d. l.* 4. *l.* 5. *eod.* Nec modo ubi ex cessa actione s. directâ, nomine cedentis agitur, verùm etiam ubi actione utili, nomine proprio; quia utroque casu subest debitum compensabile: quod quatuor decidendi rationibus, refutatis contrariis, novissimè propugnat optimè Dn. Frantzk. 1. *resol.* 13. Add. Joann. à Sande *de cess. act.* c. 13. *n.* & *seqq.* Quumodò & sæpius in Facultate nostra memini pronunciatum. Cæterùm plura ad h. t. pertinentia videre licet apud Dn. Mevium, compensationem non ex voluntate creditoris, sed debitoris liberare, *p.* 1. *dec.* 116. compensationis exceptionem fidejussori ex eo, quod reo principali debetur competere, *p.* 1. *dec.* 117. compensationem quoque ejus esse, quod hæredi debetur, cum eo quod defunctus debuit, etsi ille cum benef. inventarii hæreditatem adierit *p.* 1. *dec.* 121. compensationis exceptionem esse admittendam cum debito quod ex se liquidum est, cum opponitur ei, quod à parte opponentis est illiquidum, *p.* 1. *dec.* 122. Compensationem objici non posse à debitore liberationis à certis creditis ex alio debito suo *p.* 2. *dec.* 131. *p.* 3. *dec.* 58. compensari cum eodem quando possit solutum pro alio, *p.* 2. *dec.* 132. de Compensatione à fidejussore ex persona rei opposita, *p.* 2. *dec.* 132. & 133. *p.* 2. *dec.* 16. compensationem speciei cum pecunia non valere, etsi illius debitum liquidum sit, si pretium nondum est certum, *p.* 2. *dec.* 332. exceptio compensationis in executivis appellationem quando admitti faciat. *p.* 2. *dec.* 308. *add. dec.* 217.

Exceptiones. — Additiones. — 2. Reg.

TITULUS III. C. 4. 34.

Depositi vel contra.

1. Continuatio.

PErvenimus ad finem contractuum, quibus res in Genere aut Specie, ad usum ejus qui accipit, propriè creduntur, ac ipsa Re constituitur obligatio, earumque actionum quæ inde nascuntur, vim & naturam perspeximus. Sed quoniam non modò ad usum, verum etiam ad Custodiam res credi solent; cum nemo rerum suarum semper possit esse custos, operaque indigeat interdum aliena ad defensionem: quemadmodum rebus alienis ad usum: ideo priusquam transeamus ad contractus qui consensu perficiuntur, pauca de Actione depositi, qua res custodiæ & fidei alienæ commendatæ repetuntur, sunt dicenda. Ac prius de ipso contractu: nulla enim actio intelligi rectè potest, nisi percepta natura obligationis unde existit.

2. Quid sit depositum.

Depositum est, quod custodiendum alicui datum est: dictum ex eo quod ponitur: præpositio enim De, auget positum, ut ostendat totum fidei ejus esse commissum, quod ad custodiam rei pertinet, *l.* 1. *h. t.* *vide Paul. lib.* 1. *tit.* 12. Deponimus enim cum fiducia custodiæ, & fidei bonæ depositarii, *l.* 1 §. 1. *in fin. l. quod servus* 11. *h. t.* quam fidem fallere gravissimum est, & propter necessitates humanas in Rep. perniciosum.

3. *Causa efficiens.*

Porrò causa efficiens depositi, sunt res & consensus contrahentium §. *praterea Inst. quib. mod. re cont. ob.*

4. *Materia qua res deponi possint.*

Deponi autem possunt apud omnes, etiam judicem, *l. Senatusc §. fin. ubi glo. de off. praes. l. si fidejussor. §. ult. qui satisd. cogan. l. sed etsi. §. plane ad exhiben. vide Tiraq. in retr. prox. §. 4. glo. 7. in princ.* omnes omnino res, quae sub factum custodiamque cadunt, tam Propriae, quàm Alienae: *l. bona fides 31. hoc t.* nec enim quicquam ex deposito transfertur. *l. licet. 17. in fin. h. t.* propriae tamen apud dominum frustra deponuntur, cum ex deposito non obligetur. *l. qui rem. 15. h. t.* quia non est ex bona fide, ut rem suam dominus cuiquam restituere compellatur *d. l. bona fides in fin.*

5. *Forma & quomodo depositum contrahatur, quasq; pactiones recipiat.*

Contrahitur depositũ, Re ipsâ custodiae causa tradita, eo fine ut servetur, utque eadem species volenti quandoque restituatur, *l. Lucius 24. l. 1. §. est autem. 22. & §. pen. h. t.* Fit tamen interdum, praesertim in rebus fungibilibus, ut conveniat, ut tantundem quantum creditur, aliquando reddatur, ac insuper etiam usurae repromittantur ratione usus: quorum etsi utrunque notissimos depositi terminos excedit (nam idem corpus in deposito reddi, & gratuitus esse contractus debet, alioqui incidit in mutuum & locationem: *l. 1. § si quis servum 7. h. tit.*) tamen Lex contractus servabitur, *d. l. Lucius. 27. l. Publia. 26. § 1. d. Quintus: 8. h. t.* Quoniam ex bona fide, quod gestum conventumque est, inspicitur. *l. 1. § si convenit 5. h. t.* Neque locatio aut mutuum contra intentionem agentium inducitur, nisi mutuum ipsi esse voluerint. *l. 1. § si pecunia. 22. l. 7. § fi. h. t. l. non omnis 19. ff. cert. pet.* praesertim cum bona fide negotium gestum sit, quae in mutuo locum non habet. Dici autem id agi in deposito, Ut volenti res ex officio reddantur, sine ulla mora aut exceptione *l. pen. C. eod.* nam invito, neque reposcenti, non facilè contra legem depositionis reddi potest ab eo, qui semel officium suscepit, nisi gravissimâ causâ interveniente, *l. si apud. 5. § fin. h. t.*

6. *De sequestratione.*

Est autem consimile depositi, cum apud Sequestrum, id est, medium quendam, inter litigatores, *l. sequester 110. de verb. significat. l. 6. h. t. Gellius. lib. 20. cap. pen.* res litigiosa deponitur, *d. l. 5. §. 1. & a l. 6. hoc t.* Quiddam tamen interest: nam in prima vel unus potest deponere, & id quidem de quo nulla sit controversia: apud Sequestrum, non nisi plures deponunt rem litigiosam *d. l. 6. l. licet 17. h. t.* Quis enim solus secum ipse litiget, litisque causa rem deponat? Deinde apud sequestrum unusquisque in Solidum videtur deponere, cum rem totam suam putet: quod aliter est, quando id quod commune est plures deponunt, qui pro parte tantum se norunt esse dominos. *d. l. licet, & l. 1. §. sed si duo 44. h. t.* Postremò rei depositae possessio non transit ad depositarium: quia non possidendi, sed custodiendi causa rem tenet: sequester autem possidet, quoniam ea depositione id agitur, ut neutrius litigatoris possessioni id tempus procedat, *d. l. licet in fi.* nisi ex dictis contra actum sit, *l. interesse, 39. de acqu. poss.* aut nisi non partium voluntate, sed Judicis praecepto fiat (sicuti fieri ex causa tamen. *l. unic. ubi Dd. praesertim Cur. C. de pro seq. c. 1. & 2. ex eod. vide Hemming. consil. de sequestra.* potest sequestratio: *clem. 1. de sequestr. Ias. in l. si fidejus. § si sat. datum n. 3 qui satisd. cogan. Tiraq. in ret. prox. §. 4. gl. 7.* qui non praesumitur possessionẽ litigatoribus auferre velle *Bart. in d. l. licet. & d. l. interesse Ferra. in for. Sax. quem vide.* His exceptis, verè depositum est haec custodia, conveniturque sequester actione Depositi: quae tamen ad differentiam alterius vocatur Sequestraria: *l. si. in Asia. 21. §. penult. h. t. l. si quis 9. §. Labeo. 1. de dol. mal.* aut quando non partium consensu, sed authoritate Judiciaria, facta est sequestratio, imploratio notabili judicis officio. *Bart. l. interesse, nu. 5. de acq. possess. per l. postquam § imperator ut legat. no. cau. Rebuff. in l. lecibus, C. de agr. & cens. lib. 11. l. per hanc C. de erog. mil. Panor. in c. 2. nu. 28. de sequestr. Ang. consil. 187. n. 1. Alex. consil. 6. nu. 9. volum. 4.*

7. *Cui detur actio depositi.*

Is ergò qui deposuit, potest rem suam alterius custodiae traditam repetere vel statim atq; deposuit, *l. 1. §. est autem 22. h. t.* etiamsi de certo tempore convenit: *d. l. 1. § penult.* quia cum ejus gratia contrahatur, non prohibendus est pro arbitrio revocare contractum, & mutare voluntatem, ut in Mandato: quod nisi res poscenti reddatur, actionẽ Depositi habet: nec refert cujuscunq; sit conditionis qui deposuit, pater an filiusfamilias *l. Julianus 19. h. t.* unus an plures (quanquã hi pro parte solum agant, nisi aliter initio convenit, *d. l. 1. §. sed si duo. 44. d. l. licet h. t.*) dominus an servus, ea cujus deposito rectè dominus agit, fur, an praedo *d. l. 1. §. si praedo. 27.* Quo tamen casu, si dominus veniat rem sibi ablatam repetens, meritò illi depositarius restituere debet. Etsi enim bonae fidei congruum est, ut rem recipiat qui dedit: tamen totius rei aequitate inspectâ, quae ex omnibus personis, quae negotio illo contingunt impletur, domino reddenda sunt, quae facto scelestissi. fuerunt ei adempta. Hanc enim probat consultus. justitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore petitione, *l. bona fides 31. h. t. in fin.* Hinc & illud est, quod licet ex alterius contractu alteri jus agendi acquiri ratio non patitur, *l. quaecunque. 11. de act.* tamen si convenit in deposito, ut alicui tertio reddatur: habebit is Utilem depositi actionem, quia ex bona fide res illi restitui debet *d. l. Publia. 26. in prin. h. t.* idque reliquis etiam bonae fidei contractibus est consentaneum. *l. Julianus 13. § si procur. 25. de act. empt.* Haeredibus quoque haec actio, cum sit rei persecutoria, caeterisque successoribus datur, *d. l. 1. §. si apud. 42. vers. haec actio* singulis tamen proportione haereditariâ, ut & reliqua jura. *l. 2. C. de hered. act. l. ea. qua 6. C. famil. ercisc.* Quod si res sit individua quae deposita est, uni agenti restituenda erit, si satisdet de eo quod supra ejus partem est, molestiam depositario exhibitum non iri: quod nisi fiat, potest res in aedem Sacram, sicuti olim moris erat, deponi, eaque ratione omni actione & periculo depositarius liberari, *l. 1. §. si pecunia, 36. cum §. seq. h. t.*

8. *Adversus quem.*

Adversus eum datur haec actio, apud quem res deposita est, *d. l. 1. §. si quis servum 9.* vel cujus nomine tanquam custodituri deposita est, *d. l. 1. §. idem Pomponius 10.* Contra tertium autem depositarium non nisi cessis actionibus agi potest, quia cum illo contractum non est. *l. si is. apud quem. 16. h. t.* Sed & adversus pupillum, si doli capax sit, dolumque commisit, & quidem in Solidum, datur. Reus enim obligatus est, & ex delicto alioqui tenetur *l. auxilium 37. de minor. c. 1. de homic. & extra de del. puer.* In quantum autem locupletior factus est, convenitur, etiamsi in dolo non fuerit, *d. l. 1. § sed in pupillum,* et hactenus enim re ipsa est obligatus. *vide sup. de reb. cred.* Item in filium familias etiam post emancipationem datur. *l. si apud. 21. h. t.* inque ejus patrem de peculio; *d. l. 1. § filiumfam. 20.* & adversus dominum servi, si apud hunc sit depositum *l. Lucius. 27. h. t.* in servum etiam post manumissionem, licet ex caeteris causis praecedentibus actio contra manumissum non competat *l. 1. & tot. tit. C. an servus pro suo facto post manumiss. teneat.* Rem enim tenet & restituere potest, unde remanet obligatus, *d. l. si apud 21.* Et hoc Trebatio ex aequitate placuit: quamvis Marcellus subtilitatem juris secutus, aliter existimasse videatur. *d. l. 1. § si apud servum 4.* Item adversus fidejussorem: qui tamen si rem non habeat, in Litis aestimationem damnabitur: quo facto, depositarium constat dominium rei fieri: quia bona fides non patitur rem iterùm exigi, cujus pretium a fidejussore actor consecutus est, *l. si fidejuss. 30. h. t.* Sed hodie fidejussor non nisi excusso principali conveniri potest. *Auth. praesente, C. de fidejussor.*

9. *Quatenus in haeredes detur.*

In haeredes quoque datur, & quidem in Solidum ex dolo defuncti *l. si hominem. 7. § 1. h. t.* in Simplum tamen. nam actio in Duplum depositi, cum sit poenalis, non transit. *l. de eo quod commodavit 18. h. t.* Quanquam autem alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quae ad nos pervenit. *l. in her. 26. sup. de dolo malo,* tamen quia hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, in solidum unus haeres tenetur, plures verò pro ea portione qua quisque haeres est, *l. ex deposito 12. l. ex contract. h. 49. de actionib. l. hoc jure 152. §. fi. l. ad ea. 57. §. fi. de reg. jur.* Quod si ex suo dolo conveniantur haeredes, is qui dolum commisit, in Solidum tenebitur, *l. in deposito 9. h. t.* ex delicto enim quisque in solidum obligatur *l. si quis id quod 7. in fin. de jurisd. omnium judic.* qui dolo caret, nequaquam: quia depositarius dolum tantum praestat *l. nec adversus 10. h. t.* Si verò duo aut plures haeredes dolum commiserint circa rem dividuam, ut pecuniam, & uterque solvendo sit, partim obstricti tantum sunt in judicio depositi: cum, quia ab initio ex persona defuncti in partes solùm tenentur, *l. 2. C. de hered. actio.* tum quod nihil amplius actoris interest, etiamsi in furto aliter se res habeat. *Accursius in l. si duo. 22. hoc sic per textum in l. vulgaris, ff. de furtis. Bonus text. in l. tres tutores 55. de adm. tut. l. 1. ubi Dd. C. de con. fur. vide Gand. in tract. malef. Dd. in l. si familia de jurisd. om. jud.* Sin autem res divisionem non recipiat, verum est in solidum quenque teneri: quia totam rem quisque intervertisse videtur, & est obligatus obligatione Rem restituendi quae individua est. *Dd. in l. stipulat. non dividuntur. 72. l. in executione. 65. de verb. oblig.* Unde non aliter qui conventus est, quam integrae rei praestatione liberabitur. Verum quoniam res non restituitur, sed ad aestimationem fueris perventum, cum aestimatio divisibilis sit, & ex depositi natura plures haeredes pro parte tantum teneantur, pro portionibus haereditariis ex bona fide fiet condemnatio. Atque ita accipiendum est Mar. responsum *l. si duo. 22. h. t.*

10. *Actionem depositi civilem esse.*

Actionem depositi civilem esse, dubium non est, ortus enim ex negotio civili, & contractu nominato ac formato *l. jurig. 7. in ver. depositum de pact.* Praetor tamen supplendi juris gratia edictum proposuit: & actionem ex jure civili simplicem certis casibus poenalem effecit, inque duplum hisce verbis concessit.

11. *Edictum de deposito.*

QUOD NEQUE TUMULTUS, NEQUE INCENDII, NEQUE RUINÆ, NEQUE NAUFRAGII CAUSA DEPOSITUM SIT, IN SIMPLUM EX EARUM AUTEM RERUM, QUÆ SUPRA COMPREHENSÆ SUNT, IN IPSUM IN DUPLUM, IN HÆ-

REDEM

REDEM EJUS QUOD DOLO MALO EJUS FACTUM ESSE DICETUR, QUI MORTUUS SIT, IN SIMPLUM, QUOD IPSIUS, IN DUPLUM JUDICIUM DABO. *l. 1 §. 1 h.t vide §. omnes Inst de actio.*

12. *De actione in duplum deposit.*

Meritò autem Prætor has causas deponendi separavit, quæ continent fortuitam causam depositionis, non ex voluntate, sed necessitate descendentem. Hæc enim causarum separatio justam rationem habet. Quippè cum quis fidem elegit alicujus sponte, nec depositum redditur, contentus esse simplo debet: ac sibi imputet, qui non diligentiori commiserit. Fuit enim in ejus potestate non credere. §. *pen. Instit. quib. mod. re contr. obl.* Cum verò necessitate incendii irruente, aut aliâ subitâ vi, quis deponit; quia res moram non patitur, facilè evenit, ut perturbato animi judicio, minus idoneo res commendetur, nihil ut voluntati ejus imputari possit, qui electionis libertatem integram non habuit. Crescit etiam perfidiæ crimen, si quis in ejusmodi causa circumvento necessitatibus amico, depositum inficietur. Quamobrem majore odio pœnaque dignus est: *l. 1 & tot. tit. de incendio, ruina, naufrag.* quemadmodum etiam ab Aristotele in Problematis est relatum *Sectio 29. q. 2. & 14.* Datur igitur Prætoria depositi actio in Duplum adversus inficiantem depositum, ex illis causis § *in duplum Inst. de act.* In hæredem autem ejus, amotâ pœnâ in Simplum, etiam cum agitur intra annum, nisi & ipsius inficiatione crescat actio, *l. de eo quod tumultus 18. h. t.*

13. *De actione in simplum & quod in eam venias.*

Extra has causas est civilis in simplū hæc actio, qua res (quæ in libello designanda, *l. 1.* § *si quis argentum 40. h. t.*) petitur restitui cum fructibus & omni causa, *d. l. 1. §. 1. & 2. & §. hanc actionem 17.* Usuræ autem non præstantur nisi post moram: ut in cæteris bonæ fidei judiciis, *l. Lucius 24 h. t. l. 2. & 4. C. eod.* Est etiam cum pervenitur aut ad æstimationem, si videlicet is, quicum agimus, rem præstare nequeat, *d. l. si fidejussor 30. hoc tit.* aut ad sacramentum in litem, *d. l. 1 §. hanc actio. 17.* Super hæc & in id quod Interest agitur, si fortè damnum dolo depositarii datum sit. *d l 1. §. si quis tabul. 26. & §. apud l. 25. si duo. 22 hoc tit.*

Nam de dolo tenetur depositarius, & ut Nerva voluit, latæ etiam culpæ nomine, *l. quod Nerva. 32. h. t.* quæ intelligitur intervenire, si non tantam rebus receptis custodiendis diligentiam adhibet, quantam suis, saltem quod ad hunc tractatum attinet, *d. l. quod Nerva.* Nam dissoluta hæc negligentia propè dolum est: *l. fidejussor. 51. inf. t. 4.* cujus alia nulla causa fingi potest præter quandam malitiam, ac nisi talem diligentiam, qualem suis adhibet, præstare voluit depositarius: cui non indicavit, cur deprecatus non est! alii enim credi potuisset: at debuit talem causam potius non suscipere, quam decipere, ut inquit Ulpianus in *l. si hominem 7. in prin h. t.* Diversum est, si quis tanquam in re sua causam gerendi habeat, ut socius, maritus, hæres, &c. Cum enim ipsis noceat ea negligentia, non possunt videri dolosè ad seipsos decipiendos in re versari, §. *fin. Instit. de societate.*

14. *De lata culpa.*

Est autem hæc actio bonæ fidei *l. 1. §. hanc. actio. 17. l. quintus. 28. h. t.* Rei persecutoria *d. l. si hominem §. 1.* Perpetua *d. l. de eo quod tumultus. 18. h. t.* & quæ propter perfidiam infamat, *l. qui depositum. 10. C. eod. l. 1. verb. deposit. de his qui not. infam.* Versatur enim dolus, ac quidem improbissimus, in hoc judicio: quo comperto, non injusta existimatione mulctatur depositarius, qui fidem amico fefellit. *Arist. præalleg. sect. probl. qu. 2. & 6. Cic in orat. pro S. Rosc.*

15. *Perpetuam & famosam esse judicium.*

Ut autem hac actione ei qui deposuit, succurritur: ita Contraria depositario competit, qua impendia in rei depositæ custodiam facta repetuntur: *l. eo apud. 5 in prin. l. actione 23. h. t.* Nec enim hæc depositarius præstare debet *d. l. si in Asia in prin. h. t.* ne officium illi suum existat damnosum *l. sed si quis 7. quemadmodum testamenta aperiantur.* In hac tamen in litem non juratur: quia non de fide rupta dolove agitur, sed de refundendis impensis: *d. l. 5, in prin* quare nec famam notat. *Bartolus in d. l. 5 in princip. h. t. dixi supra ad tit. de his qui not. infam.*

16. *De contraria actione deposit.*

OBSERVATA.

Vox depositi ambigua.

N. II. *Depositum est quod*) Depositum aliquandò significat *remipsam* quæ deponitur; quomodò sumitur Autori hic, & describitur ex *l. 1. h.* Frequentiùs accipitur *pro contractu*, quo res custodienda deponitur, Græcis παρακαταθήκη, *Aristot 5. Eth. 5.* Et *latè ac generaliter* denotat etiam illam custodiam, quæ venit implicitè, v. c. nautæ, cauponis, stabularii, qui mercedem solent accipere ut trajiciant, permittantve esse viatores in caupona, vel in stabulo jumenta, & tamen tenentur de custodia rerum receptarum, *l. 5. naut. caup. stab.* adeoque ex deposito, *l. 3. §. 1. eod.* Idem est in custodia pro mercede, vel ex mandato, *l. 1. §. 9. 12. & seqq. h. t.* Sed strictius & per excellentiam est contractus, quo res alicui explicitè custodienda conceditur, §. 3. *quib. mod. re contr. oblig. Exod. 22. v. 10.* De hoc eleganter dicit Ulpian. *l. 1. pr. §. 2. & 4. h.* præpositionem de augere depositum, ut ostendat totum fidei ejus, *cui conceditur commissum, quod ad custodiam rei pertinet.*

Ejus summa fides.

Etenim fides hic in totum directa est ad custodiam, venitque non ut in reliquis contractibus, sed *principaliter & exuberanter.* Unde deposito aliquem fraudare turpius esse quàm mutuo, concludit Aristot. *probl. 29. t. 16.* a. 1. quod *amico* fiat injuria. 2. ad damnum *perfidia* accedat. 3. pro *amicitia* inimicitia reddatur, 4. *nihil utilitatis* sperent qui deponunt. 5. *infelices* esse soleant. Adde quod depositum ferè secretò fiat, *citra probationem.* Et ex eodem fundamento est, quod Plato *lib. 1. de legib.* præcepit, *si fraudulenter depositarius in re custodienda versatus fuerit, vel surripuerit, idque inquiri non possit, oraculum sciscitatum gratiâ, totam civitatem mittere debere Delphos, ut Apollo autorem revelet, & pœnam decernat.* Cæterùm depositum aliquando dicitur commendatum, Exod. 22. 7. *& seqq.* Leg. Long. *l. 2. t. 27.* Alam. *t. 5.* Bojoar. *t. 14. c. nemo deinceps. de elect. in 6.* Et commendare est deponere, *l. 24. h. l. 6. l. 9. C. eod. l. ult. ad Sen. Treb.* Add. Petr. Pithoe. *in not. ad coll. leg. Mosaic. & Rom. t. 10.* Sandæ. *in Theol. jurid. p. 490.*

Aliàs commendatum.

Causa efficiens consensus contrah.

N. III. *Causa efficiens*) Verè Bachov. *in not. h.* non æquales partes, ait, hic tribuendas esse consensui & rei; quod consensus, cum communis sit deposito, quà contractui, ad causam efficientem quidem referri possit, sed res seu rei traditio rectiùs ad formam.

Objectum etiam res immobilis

N. IV. *Quat. sub custodiam*) Quæcunque ergo *sub custodiam* possunt cadere, possunt etiam venire in depositum. Sive res *controversa* sint, *sive non:* sive *mobiles*, etiam pondere, numero, mensurâ constant, *l. 24. l. 25. §. 1. h. t.* sive *immobiles*, *arg. l. 72. de V. O.* Placet quidem Sutholto *disp. 13. aphor. 54.* depositum simplex (ut opponitur sequestro) propriè non esse nisi rerum mobilium (1) quod in immobilibus propriè cesset custodia, cum omnibus pateant; qui finis & effectus depositi, (2) quod in textub. qui de deposito sunt, saltem fiat mentio mobilium, ut *l. 1. §. 8, 9. 11. 12. 13. 14. 21. 22. 32. 33. & seqq. l. 7. & pass. h. t.* (3) in cura rei immobilis potius dicatur mandatum contrahi, idque longè utilius sit domino, propter præstationes graviores, *arg. l. 21. C. mandat.* magisque usitatum illis rebus ex mandato præficere custodem, *arg. l. 1. pr. & §. 1. de procur.* quam eas deponere.

Diss. Sutholt.

Resp.

Verùm ex his non colligitur; depositum tale esse impropriè, sed minùs fortè usitatum, aut non consuetum, quod speciem naturamque rei non mutat. Unde rectè Joh. de Lugo. *disp. 33. n. 2. non repugnare* dicit, *ut aliquis proficiscens deponat domum & villam suam apud amicum, qui ejus curam habeat & custodiam.* Et Molin. *disp. 522. n. 2.* Fillinc, *tr. 34. c. 1. n. 11.* Less. *l. 2. c. 27. d. 1. n. 2.* rectè statuunt deponi *ordinariè*, vel regulariter solere res mobiles, Gœddæ. *in rubr. de sequestr. poss. & fruct. n. 10. & seqq.* Bachov. *ad Treut. disp. 26. th. 3. lit. D.* Dn. Schnobelius *disp. ad Pand. 10. th. 15.* Perez. *in C. h. n. 3.* Hinc dicitur *in l. 1. C. de repud. her.* quod quis in domo paterna etiam ut custos habitare possit. De mobilibus notatu dignum, quod quandoque *ut species*, corpora, deponantur, aliquando ut *quantitates*: item quod aliquando res *dividua* sint, nonnunquam *individua*. Si enim vel plures deposit-

Res immobilis.

Dividua & individua.

deposuerint, vel uni deponenti plures successerint, ex rebus dividuis (pecunia numerata & aliis fungibilibus, *arg. l. 2. de V. O.*) cuilibet fit restitutio pro part, & singulorum periculum est, *l. 1. §. 36. h. junct. l. f. C. eod.* Res individua (qualis species, v.c. homo, equus) uni petenti integra restituenda est, (quod divisionem facti non recipiat) modò si caveatur depositario contra socios vel cohæredes: quo recusato ipse deponendo in æde sacra liberabitur, *d. §. 36.* Idem est in speciebus à pluribus depositis, quia singuli in illis singulis partes habent pro indiviso, *arg. l. 29. de solut.* Ad *speciem* quoque pertinet *si cista obsignata deponatur*, ubi & singulæ res depositæ intelliguntur, ex sententia Labeonis; etiamsi is qui suscepit depositum, res istas ignoraverit, *l. 1. §. 41.* Interest verò an bene clausa reddatur, an non. Illo casu depositarius non tenetur: idemque est si cista quidem aperta reddatur, sed malè clausa fuit, ita ut absque facto hominis aperiri potuerit. Probandum itaque tunc erit, & singulas res petitas cistæ initio inclusas, & eâ à depositario apertâ dolo malo ablatas fuisse. Hoc casu si aperta reddatur cùm bene clausa esset, nec facilè posset aperiri, præsumptio est contra depositarium (propter factum hoc naturæ depositi repugnans) quod cistam aperuerit aut non custodiverit, ideoq; si probato deposito, actor juramento designet res cistæ inclusas, vel juret in litem, depositarius in quantitatem juratam ad judicis moderationem condemnabitur, *arg. d. l. 1. §. 40. in f. h.* Exceptio est, si hospes aut depositarius sit vir probus & integræ famæ, qui propterea quandoque admittitur ad juram. purgationis. De quibus videsis Menoch. *2. arbitr. jud. q. cas.* 208. *n. 16. & seqq.* Jul. Clar. *5. rec. sent. §. furtum. n. 27.* Joseph. Mascard. *de probat. conc.* 507. *n. 1.* Confirmantur hæc egregiè Responso Facult. Juridicæ ad Senat. Goslar. anno 1638. d. 8. Jun. verbis: Daß gemelter beklagter die fürgewandte gewaltthätige abnahme/ des bey ihm deponirten Rüstkastens und darin verschlossener Sachen/ wie ihm aufferleget und er zubeweisen sich unternommen/ der gebühr nicht dargethan und erwiesen/ sondern wann vorhero gemelter Kläger mit einem Cörperlichen Ayde erhalten wird / daß die designirte Sachen wie sub numero 9. bey den actis befindlich / in solchem Kasten verschlossen gewesen / dann auch die Judin Juditte und ihr Mann Isaac Jude/ durch gewöhnlichen und wohlgeschärfften Juden Ayd nachmals darthun daß der specificirte perpetuanen Rock / stück von einer Gardinen/ und drey außgeetzete guldene Corallen von beklagtens Eheweibe an sie verkaufft/ alsdann er beklagter alle solche in mehrgedachtem Kasten gewesene stücke/ hinwieder herbeyzuschaffen / dieselben oder den billigen wehrt dafür / welcher von euch dem Raht als Richter zu taxiren und zu moderiren / zuerstatten schüldig; im fall er aber solches unvermögens halber zu thun nicht vermöchte / were er beklagter Ambtshalber ernstlich zubefragen / wohin er alle die bey ihme deponirte sachen verpartirei und verkaufft/ und wann er also noch nicht richtig zugehen würde / mit vorstellung des Scharpffrichters und darlegung der zu der peinlichen frage gehöriger Instrumenten/ die Warheitt zubekennen zubedrawen/ auch endlich zu gründlicher erkündigung/ mit der tortur, doch menschlicher weise zubelegen/ und seine also gethane aussage auß seinem Munde mit fleiß zu protocolliren; darauff dann etwa an benanten örtern ferner inquisition anzustellen / auch sonsten nach befindung ergehet was recht ist/ V. R. W. Et ad exceptionem prædictam pertinet, quod responsum Casparo Varnhagen. 7. Maii, a. 1636. verb. Daß sie beyde als redlicher beiderleute die gutes nahmens/ zu der anerbotenen aydesleistung/ daß sie an dem bey ihnen hinterlegten Beutel keine untrew bewiesen/ noch daß solches geschehen einige wissenschafft oder schuld hetten / zu admittiren seyn/ V. R. W.

Q. de cista obsignato tradita.

Dist.

N. V. *Ut Tantundem*) Ex natura contractus hoc non contingit, ideoque depositum hoc, *irregulare* aliàs *Mixtum* dicitur; imò *Improprium*, ut (1) quum fit cum pacto expresso de utendo, si id velit depositarius, *l. 24. l. 25. §. 1. l. 28. h. t.* (2) si cum pacto tacito, ut si pecunia non obsignata datur, non addito hoc, quod in specie seu eadem numero reddi debeat, *arg. d. l. 24. h. l. 7. l. 8. C. eod. junct. l. 31. vers. idem juris. locat.* Neque contrariatur, quod priori casu iste contractus mutuum dicatur, *l. 9. §. fin. & l. 10. de reb. cred.* Nam depositum est & manet ratione primæ intentionis contrahentium, & quoad effectum pactorum, quæ si mutuo essent adjecta, vim non haberent; at habetur hactenus pro mutuo, quod notissimos depositi terminos egrediatur. Confer Bachov. *ad Treut. d. disp. th. 6. & in not. h.* Cæterùm & Mixtum atque irregulare depositum dici potest alio respectu, quat. *merces* intercedit; habetur enim tunc pro locatione, *l. 1. §. 9. h.* Ubi ex *mandato fit*, §. 12. *& seqq. eod.* Ubi est ex *recepto* nautæ, caup. stabulari, *d. l. 3. §. 1. naut. caup.* Aliud adhuc est itidem diversi generis, quando debitor oblatam creditori pecuniam sed acceptare recusanti, in æde sacra, vel coram judice obsignatam deponit, ut pecuniæ periculum à se avertat & cursus usurarum sistatur, *l. 19. C. de usur.* vocatur hoc *depositum juris.* Mozzio *de contr. t. de depos. rubr. de divis. n. 14. seqq.*

Deposit. irregulare mixtum.

Deposit. Juris.

Sine ulla mora) Sed Q. *si expensæ in re deposita factæ, an depositarius objicere possit exceptionem retentionis, & tam diu rem detinere donec impensæ solvantur?* Bachov. *ad Tr. d. disp. 26. th. 5. l. 6. & ad Wes. h. n. ult.* distinguit, ita ut ob utiles impensas retinere nequeat, *arg. l. un. §. 5. vers. nec ob impensas C. de rei ux. act.* quod officium depositarii non admittat facere tales impensas, retinere verò possit ob necessarias, (1) per *l. 18. §. fin. commod.* (2) quod retentio in deposito prohibeatur ob summam perfidiam, quæ hoc casu cesset; (3) quod hoc tacitè conventum censeatur; (4) quod impensæ necessariæ rei quasi constituant partem, & impendenti tribuant jus in re. *arg. l. 38. de hered. pet.* Verùm sententia Tr. *d. th. 5. C.* longè verior est, per expressum text. *l. 11. C. h. t. §. 30. I. de act. l. f. C. de comp.* ubi generaliter nec retentio, nec doli exceptio permittitur. Et rationi primæ respondetur, quod *l. 18. §. f. commod.* sit tantùm de commodato, in quo ratio privilegii, quæ in deposito est, haud obtinet, (2) ipse depositarius alio modo id quod impendit, recuperare potest, sc. per actionem depositi contrariam, *l. 13. h. t. l. 12. eod.* nec tunc jure conqueritur: (3) tacitè hoc quidem conventum censetur in aliis negotiis bon. fid. at non in deposito, ob fidei exuberantiam, *d. l. 11. C. h. t.* (4) impensas tribuere jus in re nemo facilè dixerit, quia vel repetuntur per actionem ex contractu, vel oppositâ doli exceptione seu retentionis, sed neutro casu causa earum est jus in re: atque hoc in casu impensæ necessariæ depositario nihil tribuunt aliud, quàm jus ad rem & actionem depositi contrariam, quâ conventus ex deposito reconvenire quidem deponentem potest, non tamen rem interim retinere, sed eâ ocyssimè restitutâ postea legitimâ uti debet actione, *sæpe d. l. 11. C. h. t.* Atque ita rectè sentit olim Johannes vetus Glossator, citatus Accursio *in d. 11. C. h. t.* dissentienti, quem cum aliis sequitur Joh. Petr. Molignatus *de jure retent. q. 52.* & movetur præter illa, quæ suprà ex Bachov. *ad Tr.* adduximus, per *l. 23. h. t. & l. 8. §. de pign. act.* Verùm *in l. 23. & l. 10. h. t.* quidem dicitur, quod actio contraria detur depositario propter impensas, sed intelligendum hoc est secundùm naturam contractus, ita sc. ut is restitutâ demùm re depositâ, illâ utatur, *d. l. 11. C. eod.* Neque *l. 8. §. 1. de pign. act.*

Q. de retent. ob impensas.

est de

est de impensis factis in rem depositam, sed in oppignoratam, in qua privilegii rationem, quæ in deposito militat, cessare rationi consentaneum est. Non etiam facit; quod ut notat Bachov. *ad Tr. d. disp. 26. th. 7. & ad Ant. h.* non possit depositarius opponere exceptionem tùm demùm, si illa ex diversa causa sit, ut si repetenti depositum opponatur exceptio debiti ex mutuo: atque ita esse intelligendam *l. 11. C. h. t.* quæ etiam est sententia Molignati, sc. exceptionem impensarum oriri ex voluntate deponentis, dum is omninò voluit impendi debere ad rei necessitatem. Nam & text. *in d. l. 11.* generalitas reclamat, dum omnis debet cessare contra depositum exceptio; & quod actionibus legitimis quis debeat uti te jam testatum; & quod actio depositi præ cæteris hoc privilegium habeat. Unde & illud est, quod nec creditor possit denunciare depositario, ne depositum restituat, donec sibi satisfactum, modò deponens caveat se defensurum depositarium contra creditorem denunciantem, *l. pen. C. h.* Licet enim aliàs valeat ejusmodi denunciatio, *l. ult. de leg. comm.* exceptio tamen est in deposito, pensione, & annona publica, *d. l. pen. junct. N* 88 ubi Matth. Stephan. *n. 4. & seqq.* Conf. de aliis depositi privilegiis Perez. *C. h. n. 17.*

Casus quibus etiam jure nat. justè denegatur deponenti restitutio. Ratio.

Cæterùm dantur tamen casus, quibus depositarius restitutionem rectè recusat deponenti, (1) si hic qui deposuerat gladium, nunc furiosus sit, *c. ne quis. 22. q. 2.* Th. 2. 2. *q. 62. art. 5. ad 1.* (2) si bona ejus ob delictum confiscata, *l. 31. pr. h.* (3) si dominus unà cum fure repetat, *d. l. §. 1.* (4) si res furto ablata apud verum ejus dominum deponatur, *d. §. 1. 2. & fi.* Ratio est, quod licet sit juris naturalis *redde depositum*, variè etiam determinari possit jure positivo ratione circumstantiarum, tamen etiam jus sit justu melius, 5. *Eth.* 14. & non modo civile jus sed & naturale admittat æquitatem; jus enim naturale quoque aliud rectum est, aliud æquum, benignũ, *arg. l. 5. C. de judic.* Et spectat huc insignis locus Senecæ *de benef. 4. 10. depositum reddere*, inquientis, *per se res expetenda est; non tamen semper reddam, nec quolibet tempore; aliquando interest utrum infitier, an palam reddam: intuebor utilitatem ejus cui redditurus sum, & nociturum illi depositum negabo.* Cui geminum illud Ciceronis 3. *de offic.* *Si gladium quis apud se sanâ mente deposuerit, repetat insaniens? reddere peccatum sit, non reddere officium. Quid si is qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriæ, reddasne depositum? non credo, facies enim contra remp. quæ debet esse carissima. Sic multa, quæ honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta.* Add. Sot. *de J. & J. q. 7. a. 2. c. 4.* Azor. *p. 3. l. 7. c. 8. in f.* & isthæc nonnihil aliter explicantem Grotium *de J. B. & P. l. 2. c. 10. n. 1. & seqq.*

Sequester dicitur, ambiguè. Quomodo.

N. VI. *Apud sequestrum*) *Sequester* Nostris dicitur (1) is, apud quem duo sponsione certantes, rem certam eâ lege deponunt, ut pro præmio eam tradat futuro victori, *l. si gratuitam. §. si quis. de præscr. verb.* Vide observ. *tit. de relig. & sumpt. fun.* (2) Transfertur ad res litigiosas *l. 110. de V. S.* Hinc *Sequestratio* seu *sequestrum* est species illa depositi, quâ res litigiosa tertiò traditur custodienda, donec lis finiatur, *arg. l. 17. h. t.*

Ejus natura.

Et hic enim totum fidei alicujus committitur, quod ad rei custodiam pertinet, *arg. l. 1. pr. eod.* & ultrò citroq; obligatio est, principalis quidem sequestri ad rei sequestratæ restitutionem, secundaria verò litigantium ob damna & sumptus, *l. 5. h. l. 14. de cond. indeb.* Et cum subsit sequestrum deposito ut generi suo, etiam per hoc participat ut juris gentium sit & bonæ fidei, *arg. l. 6. de J. & J. §. 21. de action.*

Differentia à deposito in specie.

Differt verò à deposito in specie tali; (1) quod unus possit deponere, sequestrare non nisi plures, *l. 17. h.* (2) quod hic res debeat esse controversa, in deposito non item, *d. l. 110. de V. S.* Non autem huc quadrat, quod addit Wesenb. sequestrem possidere, non verò depositarium, cujus duas facit exceptiones, 1. nisi expressè contra actum sit ne possideat, *l. 39. de acq. poss.* 2. nisi judicis præcepto fiat sequestratio, *clem. 1. de sequestr.* Proprietas enim & natura sequestri non in eo consistit ut possessio transferatur, sed custodia tantùm, *l. 1. pr. h. junct. d. l. 39.* & ubi aliquando possidet sequester, est hoc ex accidenti.

Sequester non possidet.

Neq; sequestrationis quæ fit à judice, effectus diversus est ab illa quæ ab alio; Ergo facienda est regula: *quod sequester non possideat.* Probatur (1) ex *l. 39. de acq. poss.* (2) quod natura depositi non sit, possessionem transferre in depositarium, *l. 6. depos.* (3) nemo præsumatur habere animum perdendæ possessionis, *arg. l. 4. §. si fortè, de acq. vel am. poss.* (4) titulus etiam hic abest transferendæ possessioni necessarius, *l. 77. §. pater. de leg. 2. junct. d. l. 6. h.* Exceptio, est nisi conventum sit quod sequester possidere debeat, *l. 17. § 1. verbis: nisi deposita est.* (*sc. possessio.*) *h. t.* quia tunc non tam res, quàm possessio apud sequestrum fuit deposita, Joh. Gœddæ *in rep. l. de sequ. & fruct. c. 1. n. 115. 116.* Andr. Clud. *de jure sequestrat. c. 9. n. 18. & mult. seqq.*

Differt ab arresto.

Differre sequestrum ab arresto, indubium est. Illud continet separationem rei controversæ & collocationem apud tertium. Hoc saltem rei personæve detentionem. Illud est tantùm rei controversæ, in qua plures jus prætendunt petuntque adjudicari. Hoc etiam rerum quarum dominia possessionesque certæ, Bald. *in l. un. C. de prohib. sequestr.* Curt. *de sequestrat. q. 1. n. 20.* Colet. *de proc. exec. p. 3. c. 11. n. 54. & seqq.* qui tamen parùm sibi constans: *p. 1. c. 2. n. 184.* scribit in his saltem esse vocum differentiam. Dividitur sequestratio vulgò in Voluntariam seu conventionalem, & Necessariam seu judicialem: hæc est quæ à judice duntaxat decernitur certis casibus, illa quæ ab alio. In judiciali tria inprimis observanda veniunt. Primum est, *an æquè sit contractus ac altera*?

Sequestrũ judiciale est contractus.

Negat Wesenb. *cons. 7. n. 7.* quod desit ejus consensus, cui commodum possessionis adimitur, quodque judex ex justa causa ipso invito & repugnante decernat sequestrationem. Sed rectius affirmatur; tum quia utrique litigantium res salva manet ad finem litis, in quod nemo dissentire præsumitur; tum quod facto ipso consentiatur ab eo qui v. c. bona dilapidando, fugæ suspicionem præbendo in causa est ut fiat sequestratio, *arg. l. 18. mandat.* Gœddæ. *d. rep. ad rubr. n. 17. & c. 1. n. 83. cum seq. n. 156.* Secundò Q. *an sequestratio legibus sit prohibita?*

Prohibetur regul.

Quod regulariter affirmant, cum legibus ab ea magis recedatur, quàm quod iis conveniat, atque extra ordinem saltem ad eadem deveniri soleat; (1) quod species sit executionis, à qua lite pendente non inchoandum, *l. 1. C. de except. rei jud.* (2) quod prius quis sit convincendus probationibus, antequàm ei res auferatur, seu ipsam æquitatem persuadere dicitur *in tit. l. un. C. de proh. seq. pec.* (3) quod possessionis commodum regulariter nemini adimendum, *l. 6. C. unde vi*, nec in ea quis turbandus, ne quidem à judice, *c. conquerente ubi Dd. de restit. spoliat.* Et huc pertinet quod depositio pecuniæ hæreditariæ sine causæ cognitione possessori non sit injungenda, Mev. *p. 1. Dec. 167.* nec non quod depositio pecuniæ injustè exigatur, ubi reo retinendi justus est prætextus, Idem *p. 3. dec. 88. & p. 5. dec. 52.* Addunt nonnulli argumentum *d. l. un. C. de proh. seq. pec.* ubi verbum *pecuniæ* volunt acceptum in latissima significatione, pro omni re tam mobili quàm immobili, corporali & incorporali, *arg. l. 2. §. 1. C. de constit. pec. l. 178. de V. S. l. 222. eod.* quos sequitur Clud. *d. tr. c. 4. n. 33.* Verùm *d. l. un.* satis apertè loquitur de pecunia numerata, quæ ibi dicitur *solvi*, quod de restitutione immobilium dici nequit. Sententia tamen & ratio legis illius generalis est, ideoque & in aliis locum habet. Jung. *c. 1. de seq. poss. & fruct.*

quando valeat.

& fruct. c. 1. ut lit. pend. Clem. un. de sep. poss. & fruct. Matth. Coler. *p. 1. c. 2. n. 81. in f.* Tertium est, quibus in casibus locus sit huic depositioni seu seqoestrationi? Et licet de iis non conveniat inter Interpretes, dari tamen tales valde æquum est, ut pericula & damna fortunarum evitentur iisque præveniatur. Præcipui sunt (1) Ubi litigant de possessione rei plures, quorum jura sunt incerta, Menoch. *de rer. poss. rem. 6. n. 45.* Etiam lite existente de possessione momentanea, quoque de jure incorporali, (v.c. de jure venandi, lignandi) si præsens subsit periculum aut metus armorum, Ord. Cam. *p. 2. t. 21. §. fin.* Duar. *ad l. un. in f. C. de prob. b seq. l. 22. §. 8. sol. matr.* (2) Ubi prodigalitas subest & dissipatio, *arg. l. 6. C. de dol. mal.* Myns. 5. *O. 35. n. 4.* Gail. 1. *obs.* 147. & 148. *n.* 2. v.c. in marito profundente dotem, *d. l. 22. §. 8. sol. matr.* Patre bona liberorum, Vidua bona mariti, Du. Mev. *ad jus Lubec. p. 400. n. 42. 43. & p. 415. n.* 87. (3) In contumace quoad bona de quibus lis est, *c. 1. & 2. de sequestr. poss. & fruct. c. ex his de dol. & contum.* (4) Si familia prætidis furtum passa sit, *l. 16. §. f. de offic. Præs.* (5) In fructibus rei litigiosæ, quos debitor non solvendo existens in proprios usus convertit, Col. *d. c. 2. n. 123. & seqq.* Idem *in fructib. coloni*, orta inter ipsum & dominum locatorem de domino rei controversia, *l. 20. C. de agric. & censit.* Nec non *in fructib. rei controversa*, vel ubi appellatum ab executione sententiæ, quæ transivit in rem judicatam, propter excessum in modo, *l. 5. C. quor. appell. non rec.* vid. Gail. 1. *O.* 147. *n.* 8. vel ubi fructus depopulatus est adversarius interpositâ appellatione. *l. 21. §. f. de appell.* (6) In debitore fisci, *arg. l. 2. l. 3. C. de exact.* (7) In peculio servi qui ad libertatem proclamavit, & cujus dominus est in q. possessione servitutis, *l. f. C. quib. ad libert. proclam.* (8) In re tempore peritura, cujus venditæ pretium sequestratur, *arg. d. l. 19. l. f. de requir. re.* (9) Si tam pretium quàm merces tutò præstari nequeant in emt. venditione, *arg. l. 39. in f. de solut.* (10) In uxore in quam sævit nimis maritus, quæ custodiæ alicujus probæ & honestæ matronæ committitur, *c. ex transmissa, c. literas. §. f. restit. spol.* Idem in *conjuge* litigiosa, Joh. Pap. *l. 22. arrest.* In *virgine*, quæ dicitur duob. fidem dedisse de matrimonio, *c. cum locum de sponsal. c. tenor. in f. ubi Gl. de sent. & re judic.* In ea de qua, majore 25. annis, lis est inter sponsum & patrem legitimas dissentiendi causas allegantem, propter nimiam hujus sævitiam: quemadmodum ad consilium JCtorum Tubingensium in Consistorio Rostochiensi decretum fuisse notavit noster Cludius *d. tr. c. 5. n. 44.* 50. Neque diversum in *sponsa*, quæ se à patre vel sponso coactam consensisse prætendit, *d. c. cum locum de sponsal. c. hortamur, 3. q. 9. c. sive 33. q. 2.* Gail. 2. *O. 45. n. 7.* (11) Denique sequestratio fit frequenter cum *debitor rei mobilis* de *fuga* est suspectus, nec possidet immobilia, *l. 7. § ult. qui satisd. cog.* Cæterùm actio ex sequestratione descendens, voluntariâ quidem, ceu ex contractu nominato & speciali, specialiter actio depositi sequestraria vocatur, *l. 5. §. 1. l. 12. §. pen. h. t.* estque directa & contraria. Illa quæ litigatori datur (1) adversus sequestrem, ad rem litigiosam finitâ lite restituendam cum omni causâ, *l. 1. §. non possumus & seqq. h. t.* (2) contra officiales publicos, v.c. ubi in publico loco, æde sacra vel penes officialem res erat deposita: (3) etiam adversus sequestris hæredes. Hæc datur sequestri & hæredibus ejus, ut ratione officii suscepti sint indemnes. Atque hæc actio descendit quoque ex sequestrat. judiciali, contra quam sentit Wesenb. *h.* implorationem officii judicis substituens; est enim & hæc sequestrationis species ex litigantium voluntate, & contractus ut suprà notavimus, Vide Goddæ *in d. loc. rubr. loc. suprà citato.* Clud. *d. tr. c. 1. n. 20.* qui *c. 2. n. 22. circ fin.* existimat, sententiæ Wesenbecii locū esse, ubi ex mi-

Actio hinc sequestraria.

nus sufficienti causâ & non debito modo à judice facta est sequestratio; tum enim posse implorari officium judicis, hactenus ut sequestratio relaxetur, non contra sequestrem, quod is non turbet, sed contra eum, qui sequestrationem impetravit & damnum intulit. Dissentit D. Perez. *C. h. n. f.* putans agi posse præscriptis verbis, si an sequestrariâ agi queat dubitetur, per *l. 9. §. 3. de dol.* Verùm illo textu non proponi sequestrationem, sed negotium civile aliud, Cujacii sententia est, *in d. §. 3.* quam sequitur atque eleganter exponit ipse Cludius *d. tr. c. 1. n. 23. & n. 33. 34.*

N. VII. *Etiamsi de certo tempore*) Videtur contrariari *l. 1. §. 22. h. t.* ubi sub conditione datum depositum, ante ejus existentiam non repetitur; Verùm ille textus non est de deposito in specie sic dicto, sed sequestratione, quæ habet conditionem, si victor exstat, *l. 6. hoc tit.*

Quando repeti possit depositum.

Alteri jus agendi) Illud hic singulare est, quod si conventum sit tertiò depositum restitui, is utilem exindè actionem habeat, *l. 26. h. junct. l. 8. C. ad exhib.* Ideoque idem ad quosvis contractus bon. fid. nequicquam extendit hic Wesenb. Et *l. 13. §. 25. de act. empt.* agit falsum de contractu ex pacto procuratoris, ut benè Bachov. *h. loc.*

Utilis actio depositi tertio competens.

N. VIII. *Contra tertium*) Non enim tunc actionem habet deponens adversus secundum depositarium, quocum non contraxit, *l. 11. de O. & A.* Nec etiam adversus primum, qui apud alium deponendo dolum non commisit, ideoque saltim ad actiones cedendas tenetur primo deponenti, *l. 16. h. t.* Neque contraria est *l. 21. §. fin. de neg. gest.* quia, ut respondet ibi Gl. aliud est hactenus in negotiorum gestione, aliud in deposito.

Non datur contra depositarium tertium.

N. XIV. *Nam de dolo*) Præstatur hic à *deponente* culpa omnis; quod ejus sit indemnem præstare accipientem, *arg. l. 61. §. 5. de furt.* *Depositarius* verò ex natura contractus ad dolum saltem astringitur & culpam latam, quod ejus nulla sed omnis deponentis sit utilitas, *l. 5. §. 2. commod. l. 13. de R. I. l. 1. §. 8. & fin. junct. l. 32. h. t.* Undè, quod dicitur in *l. 1. §. 16. h.* rem depositam deteriorem redditam, non intelligi reddi, sed depositi ad id, quod interest agi, ita accipiendum est, si damnum rei ex dolo vel lata culpa pervenerit. Lata autem culpa hic sumitur non tantùm pro indeliberata deviatione ab ea diligentia, quæ inest hominibus in communi, sed & quando quis non ad suum modum, h. e. tantam in rebus custdiendis diligentiam præstat, quantam in propriis; quod salvâ fide, ut rectè *A. h.* minorem iis, quàm rebus suis diligentiam adhibere nequeat, quæ dicitur culpa lata in concreto; quam innuit Bart. in *d. l. 32. h.* & eleganter exponunt Bachov *ad Tr. d. 10. th. 5. D. & d. 26. th. 2. it. ad § f. l. de soc. ad Wesenb. h.* & Dn. Frantzk. *exerc. 9. q. 1.* ac novissimè *in comm. ad h. t. n. 79. & seqq.* Verbi causâ, si quis in rebus suis sit diligentissimus, is si non exhibeat exactissimam diligentiam rebus depositis, levissimam culpam quidem committit in abstracto, sed latam in concreto; si autem negligens sit in rebus suis, sufficit in re custodienda quoque sit talis, licet eam diligentiam, quam hominum natura desiderat, in abstracto non adhibuerit. Quibus non obstant *§ ult. de soc. l. 72. pro soc. l. 5. § 1. commod.* Sunt enim de culpæ levis definitione in abstracto. Neque etiam facit multum, quod mandatarius de omni culpa tenetur. *l. à procuratore C. mand.* cui simillimus est in depositum rem suscipiens, ille enim recipit procurationem in se, hic verò nihil de se pollicens, solum amici affectionem præstat. Nam quod urgeri potest, hoc agi potissimùm in deposito, ut res servetur, hactenus verum est, si de tali custodia intelligas, qualem suis quis rebus adhibet, non qualem

Præstatio damnorum in deposito culpæ latæ.

In concreto.

Exceptiones.

fortè

fortè res quæ deponitur, exigit, quod secus est in mandato, Hœpper. *ad §.1. Inst. l. quib. mod. re contr. oblig.* Exceptio est (1.) si aliter convenerit, v. c. si depositarius pacto in se receperit diligentiam exactam, *l. 1. §. 6. h.* (2) Si illius causâ duntaxat contrahatur, *l. 1. §. 31. h. t.* puta quando deponens quærebat diligentissimum, & depositarius se offerendo talem exclusit, vel, ut alii volunt, ubi contractum est depositum in utilitatem solius depositarii, *d. l. 4.* Panormit. *in c. bona fides h. t. n. 3.* Molina *tr. 2. d. 527. n. 5.* Filliuc. *tr. 34. c. 1. n. 24.* (3) Si fuerit in mora restituendi, *l. 12. §. 3. eod.* Quibus casibus ipsi culpa levissima præstanda est. Deinde huc refertur, si mercedem acceperit, *l. 1. §. 9. h. junct. l. 5. §. 2. commod. c. bona fides h. t.* Si utriusque interstit: Tunc enim venit culpa levis. Vid. Bachov. *ad Tr. d. 26. th. 3. B. & C.* Si depositum sit irregulare scil. mixtum, in quo culpa venit contractus illius, quo cum miscetur, v. c. levissima in mutuatario, *arg. l. 24. 25. 26. h. t.*

Casus fortuiti.

Contra casus fortuitus spectat ad deponentem, *l. 20. h. l. 1. C. eod.* Nisi (1) aliter convenerit, *l. 1. §. 35. h.* Si res deposita semel dolo vendita sit, & postea in causam depositi redempta, *l. 1. §. 25. h. t.* (3) Si culpâ depositarii perierit, aut morâ, *d. l. 12. §. 3. eod.* nisi interitura sic fuisset etiam restituta, *l. 14. §. 1. d. t.*

A quo probentur

Ubi quoad infortunii probationem interest, an res deposita amissa sit casu tali, qui fieri solet sine culpa, puta ex causis extrinsecis naturalibus v. c. terræmotu; *l. 15. §. 2. locat.* violentiâ ventorum, *l. 24. §. 4. l. 43. de damn. inf.* inundatione aquarum, *l. 25. de R. I.* ruinâ, *§. 2. quib. mod. re contrah. oblig. &c.* Quibus contingentibus, postquam de iis rectè constat, culpæ probatio incumbit eam alleganti h. e. qui deposuit. Si verò casus evenerit, qui culpam præviam habere potest, v. c. furtum, & aliquando incendium ortum ex negligentia, diligentiam probare est depositarii allegantis, juxta *Brun. l. si quis § an verò n. 4. & seq. de edend.* Et juxta hæc respondimus in collegio nostro Juridico Henrico Grundwald/ anno 1641. d. 12. Apr. verbis: Hat Cajus in der Reichstatt Mühlhausen bey Mevio etzliche hundert Himbten Korns deponiret, und Mevius vermög außgegebener recognition, selbiges Korn deponenti auff erfodern / wie billig / gegen recompens. (honorarium, *l. 6. mandat.*) wieder absolgen zulassen sich verpflichtet / dabey er casus violentos & fortuitos excipiret. Und als sich zugetragen / daß ein Reichsgraffe Mevio betrewlich anbefohlen / dasselbe Korn ihme unter dem Schein / als were es von einem intruso Abbate simulatè getauschet / absolgen zulassen / welches Mevius ohn sonderbahres verweigern gethan / und derselbe nicht zubeweisen / daß dabey einige violentz verübet / sondern es gutwillig abgefolget worden. So were er den Cajum wegen des deponirten Korns / nach dem wehrt / wie es die Zeit als es abgefodert (abgefolget) gegolten / sambt gebührlichen interesse à tempore moræ, actione depositi zu belangen befuget. Et ad Senat. Osterrod, anno 1642. 16. Jun. Daß beklagter H. B. zu dem anerbotenen Ayde nicht zuverstatten / sondern Kläger H. P. und G. H. auff vorgehende ernstliche verwarnung des meinaydes / einen Ayd zu Gott / und auff sein heiliges Evangelium zuschweren oblige / daß sie die specificirte Posten / nemlich er H. P. 5. malt. 5. himbten Korn. 7. malt. Habern / 2. malt. Erbsen / 2. malt. 4. himbten Gärsten; dan G. H. 3. malt. Korn / und anderhalb malt. Erbsen / bey Beklagten oder dessen Haußfrawen auff ihren Boden / durch sich oder andere wircklich geliefert. Ob dann wohl Beklagtem und seiner Haußfrawen des mangels halber nichts bewust sein mag.; dieweil sie jedoch Bodenzins genommen / auch selbst geständig / daß der Boden / darauff die Früchten geschüttet / zuweilen unverschlossen geblieben: So sein sie die mangelende Früchte / so von Klägern aydlich erhalten werden möchten / ihnen hinwieder zuerstatten schüldig / V. R. W. Confer. nos. f. ad n. t. ubi diximus de deposito mixto cum locat. conduct. sec. *l. 1. §. 9. & 10.* cujusmodi ferè est exemplũ modò relatum.

Q.

Verùm Quæstionis est, si oborto incendio depositarius res suas prætulit, cum depositas servare potuisset, an teneatur? Pro negativa est quod & ipse dolum saltem præstet, & periculum rei sustineat deponens. Contra facit 1. quod dolus præsumatur in liberante res proprias relictis alienis, quarum custodiam promisit. 2. quod propterea teneatur commodatarius, *l. 5. §. 4. commod.* Vid. nos *f. t. commod. n. 7. ad verb. dummodò.* 3. quod in deposito diligentia consideretur in concreto, ideoque adhibenda talis sit, qualis rebus propriis, non minor: *l. 32. depos.* Vid. Steph. de S. Gregor. *in c. mota cit. n. 12.* Juxtà quæ itaque pronunciare non dubitavimus in Collegio Jurid. d. 23. Nov. anno. 1649. Thut sichs berichteter massen verhalten / und hat H. F. bey entstandener Fewersbrunst seine eigne Sache und Kleider fast eben an dem Orte / wo daß bey ihm deponirte Geld versteckt gewesen / gerettet / erwehntes depositum aber hinterlassen und nicht mit herauß genommen: dieweil ihm dann wegen solcher anvertrawten Gelder ohn verletzten guten glaubens / keinen geringern fleiß / als er an seinem eigenen Gute gethan / anzukehren gebüret und obgelegen: So ist er J. C. solche deponirte Gelder zu erstatten schüldig. V. R. W: Atque suprà prætermissæ decisiones de damnis hic præstandis, etiam ante sententiam judicis obligare, quod æquitati sint convenientes, contra Sotum, rectè statuit Covarr. Navarr. Less. novissimè d. Steph. à S. Gregor. *de precept. jur. & justit. part. 1. l. 2. c. 27. n. 4.*

Examinantur de hoc leges aliarum gentium, Longobard.

Cæterùm oppidò ab his diversæ sunt leges depositi Longobardorum. Hi enim, si tale XX. solidos excedens negaretur, rem pugnæ committebant, *l. 2. t. 5. l. 35.* soliti per duellum aut sacramenta quærere defensionem, *l. 1. t. 25. l. 49.* Verùm justitia telis, aut gladiis non indiget & cadere in prælus potest justa petens, prævaletque interdum iniquæ partis superior fortitudo. Rectius in constitut. Neapol. *l. 2. t. 34.* interdicta fuit in deposito pugnandi facultas, constitutumque ut vel testes intervenirent, vel scriptura à tabellione de eo conficeretur. Illud fortè magis mirabẽris, quod sec. Longobardos *l. 2. t. 27.*

Neapol.

re furto sublatâ depositarius deponenti adeò teneatur, *ut si postea de fure constet, damnum solus rependat; quod ideo dicunt sibi justum visum esse, ne si fur teneretur deponenti, hic domo depositarii fortè effractâ, damni nomine ab eodem conveniatur, sicque in una causa duæ; ut aiunt, calumnia imponantur, h. e. ut intelligo, duæ damnorum correctiones admittantur; quod volunt evitari, ubi fur & effractionis & furti damnum sustinet, atque depositario rependit, à domino verò rei depositæ conventionem nullam metuit.* Sed licet depositarium re furto sublatâ teneri in thesi fortè non sit injustum, quod furta præcaveri possint, ideoque culpæ accenseantur, *arg. l. 30. ad L. Aquil. §. 3. quot. mod. re contrah. oblig. l. 14. de peric. & commod. rei vend.* Vid. Del-Rio *ad l. 23. de R. I. s. 24. pragm. interpr.* tamen iniquum non est, plures esse damnorum præstationes, ubi vel diversæ personæ, quibus debeatur vel causæ debendi diversæ. Summæ fidei depositum est, ideoque deponens, damnum passo depositario, per ostii, aut sequestratum effracturam) quæ violentia est extrinseca, ac præcaveri nequit) tenetur actione contraria, ad damni reparationem, quod alterius causâ retinuit, ne officium susceptum ipsi sit damnosum. Et ubi fur adhuc detinet rem furtivam, quidni dominus, qui deposuerat vindicet, aut ubi amplius non extat, condicat? Quin & si deponens dominus non sit, conveniat furem actione subsidiariâ? *arg. l. 14.*

C. de agric. & conf. junct. l. 32. de reb. cred. maximè ubi diligentiam suam probaverit depositarius? Vid. Gothofr. *in l. 12. de cond. furt.* Aliter in capit. Kar. & Lud. 5. t. 204. & c. 6. t. 30. constitutum de incendio, *ita ut ubi res deposita per id periisset, depositarius unà cum testibus suis admittatur ad juramentum purgationis.* Sed quod verum esse non potest, nisi de incendio culposo; secus enim est in illis, quæ vi extrinseca contingunt; puta si ex fulmine oriantur, incursu hostium, vel ab incendiariis sit excitata, vel etiam oriantur in ædibus vicini, *arg. l. 18. commod. l. 32. de neg. neg. gest. l. 1. §. 1. h. l. 9. §. 3. locat. l. 30. §. ult. eod.* Jure Ebræorum depositâ pecunia vasisve per furtum ablatis, fur, si invenitur, duplum reddit deponenti, si latet, depositarius jurat se rem non contraxisse, aliàs duplum restituit. Animali ad custodiam dato, interest an furto id sublatum sit, an à feris laceratum, an mortuum, vel ab hostibus captum nullo vidente. Primo casu rependit damnum is cujus custodiæ commissum; Secundò in testimonium producenda est pars animalis dilaniata; Tertio casu locum habet juramentum purgationis: Lex autem divina in hujusmodi à convicto fure & depositario communiter duplum exigit. Vid. Exod. 22. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. & Constant. L'Empereur in Baba Kamma *c. 9. §. 7. p. 251.*

Cap. Car. & Lud. V.

Ebræos.

N. XV. *Infamat*) Et hinc ex causa depositi condemnatus *removeri potest è collegio opificum.* Infames enim ab iis meritò arcentur, non solùm ex inveterata Germaniæ consuetudine, sed etiam jure statutorum, qualia ubique vigent, & opifices instat legum obstringunt, Steph. *de jurisd. p. 2. c. 8.* Quando autem non fiat infamis, & quomodo ipsi honor servari possit, Vid. Dn. Mev. *p. 2. dec.* 340. Cæterùm ex Deposi in causa obtinere quandoque potest processus summarius, (si sc. probari id potest instrumento paratam executionem habente) quandoque ordinarius. Idem Dn. Mev. *p. 2. dec.* 37. & *p. 1. dec.* 200. Etiam huic, ceu personali, 30. annis præscribi potest, Idem *p. 1. dec.* 201.

Actio hæc infamat.

Proc. Depos.

Præscriptio.

DIGESTORUM LIB. XVII.

TITULUS I. C. 4. 35.

Mandati vel contra.

1. *Commemoratio tituli, & qui contractus, quare consensu constare dicantur.*

POST expositos contractus qui Rei interventu perficiuntur, nunc transeamus ad illos, quos consensu constare diximus: in quibus non propriè res creditur, ut in superioribus: quia de eadem re in in genere aut in specie reddenda non agitur. Ideoque rei interventum hæ conventiones non desiderant, sed solo Consensu & Bonâ fide propter utilitatem civilis negotiationis consummantur. His autem contractibus vel industriam operamque hominum ad usum utilitatesque nostras adjungimus, vel res ipsas: operam quidem, Mandato & Societate: res verò, Emptione, Venditione, Locatione, Conductione: de quibus singulis est videndum.

2. *Unde dictū mandatum, & quid sit.*

Mandare, quod a manu danda (ut in contractib. fideique promissione fieri solet. *Virg. fallere dextras: pro fallere fidem*) dictum videtur, significat gerendum aliquid expediendumque alteri committere. Mandatum igitur nihil aliud est, quàm contractus juris gentium nominatus, *l. jurisgentium. 7. de pac. l. 1. h. t. junc. l. 1. in fin. de cont. empt. & l. 1. in fin. de rer. permut.* in quo consensu. *l. 1. h. t. vide Paul. l. 2. t. 15.* & bonâ fide, alter negotium aliquod honestum committit alteri gerendum efficiendumve, alter verò suscipit.

3. *Partes & species mandati.*

Partes mandati sunt, Hinc credere rem expediendam, Illinc suscipere mandatum, & rem exequi. Species sumuntur, vel à causa efficiente: aliud enim est Voluntarium mandatum, ut cum sponte ab aliquo suscipitur, idque propriè mandatum est de quo agimus: aliud autem Coactum sive necessarium, ut cum magistratui mandanti parere cogimur *l. non videntur. 167. § qui jussu. de reg. jur. c. quod quis eod. lib. 6. gl. in l. furti 6 § qui jussu. de his qui not. infam. Doc. in l. vello 4. n. 12. de reg. jur.* vel à Forma. Aliud enim est Gratuitum quod propriè mandatum est: *l. 1. Item ut omnes 36 in prin. h. t.* (officia enim amicitiæ & fidei gratis præstanda sunt, *d. l. 1. in fin.*) aliud verò Mercenarium, cum remunerandi gratia honor intervenit, *l. si remunerandi 6 in prin. h. t.* aut salarium extra ordinem promissum est in genere *l. salarium 7. h. t.* Nam si de certa mercede ab initio conveniat, locatio & conductio operæ est, non mandatum: quod debet, ut dixi, esse gratuitum.

4. *Causa efficiens.*

Causa efficiens mandati, est Consensus & voluntas, *l. 1. h. t. Cic. pro Ros. Amerin.* (quæ ab amicitia & fide proficiscitur) hinc quidem mandantis, illinc mandatum suscipientis. *d. l. 6. §. 1. hoc tit.*

5. *Materia & quæ mandari possint.*

Materia mandati sunt res omnes futuræ: nam factas & præteritas frustra fieri mandes, *l. si vero. 12. §. si post. h. t.* exque honestæ & licitæ. Turpis enim rei mandatum nullum est: *d. l. si remunerandi. 6. § 2 in fin.* ut si pro adolescente luxurioso apud meretricem mandatu ejus fidejubeas, *d. l. si vero 12. §. si adolescenti. 1.* vel alterius interficiendi negocium suscipias, *l. si mandavero 22 §. qui aedem. 6. h. t.* nam generaliter Nulla rerum turpium est obligatio: *l. generaliter. de verb. obl.* Nec mandata hujusmodi exequenda sunt: & qui exequitur, pœna potius quàm auxilio legis dignus est, *l. auxilium, de minor.* vide *Doc. & Dd. in l. consil. 47. de reg. jur.* Unde nec in generali mandato unquam dolus aut flagitium inclusum intelligitur, *l. creditor 60. §. Lucius h. t.*

6. *Forma, & quomodo contrahatur.*

Forma mandati, est Nuda voluntate & Gratuitò impositum mandatum suscipere. De quo sufficit quocunque modo constare, sive Testato, sive per Epistolam, per Nuncium, vel alio modo, *d. l. 1. l. si quis 27. in prin. h. t.* vel etiamsi tacitè solummodo consensum intelligatur: *d. l. 6 § 2 l. qui patitur. 18. h. t.* dummodo voluntas tamen obligandi extet & appareat. Nam si quis solùm commendet, cum commendatio vim obligandi non habeat, sed potiùs rogandi *l. fideicommissa 11. §. 2. de leg. 3.* non contrahitur mandatum. *d. l. si vero, 12 §. cum quidam, 12.* Rursus si quis non animo procuratoris intervenit, sed illudit solum causa deferat officium, mandati non tenetur, *l. idemque 10. h. t.* Potest etiam mandatum vel Purè, vel in diem, vel sub conditione contrahi, *d. l. 1.* Illud postremò tenendum, quod etsi mandati forma diligenter tenenda sit, *l. diligenter. 5. h. t.* tamen posse illud per æquipollens adimpleri, *l. fin. § fin. ubi gl. h. t.* Nec enim quicquam mandantis interest, quomodocunque id quod consecutum voluit, conficiatur, *l. si verò. 12 § si filiofam 6. h. t.* quin etiam omnia mandata intelliguntur, sine quibus negotium commodè explicari nequit. *l. ad rem. 56. l. ad legatum 62. de procu.* Licet igitur à fine mandati deflectere non oporteat: *l. cum mandati. 12. C. eod.* tamen media ad finem rectè ducentia, pro usu negotii eligere mandatarius potest: *Roman consil. 49. visis nn. 8. & 9.* quasi ex bona fide hæc mandato insint, & simul commissa videantur, sine quibus mandatum rectè ad exitum queat perduci. *l. 2. de jurisd. l. fin. de off. ejus.*

7. *Finis, & an sua gratia recte mandem.*

Finis mandati est, authore Cicerone, ut quib. in reb. ipsi interesse non possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponatur: atque ita commune commodum mutuis officiis gubernetur. Neque tantùm meâ solius gratiâ rectè mandare possum, verùm etiam alienâ, vel mea & tua, vel mea & aliena *l. 2. l. si remunerandi. 6. §. si tibi. cum simil. h. t. §. 1. Inst. de mand. ubi vide qua dixi.* Tua verò solius gratia frustra tibi mandem: puta, ut pecunias in emptiones prædiorum colloces potius, quam fœneres, *d. l. 2. in fin.* Nam neque ego ex consilio non fraudulento obligor, *l. consilii. 47. de reg. jur. c. nullus eod. in 6.* & tibi liberum est explorare, an id expediat. *d. l. 2. in fin.* Planè nisi mandassem si facturus non eras, dabitur tibi contraria mandati actio. *d. l. 6. §. si tibi 4. in fin.*

8. *Effectus.*

Effectus mandati est, ut alterum alteri statim obliget. Mandatarium quidem, ut mandatum perficiat. *l. si mandavero 22. § fi. h. t.* forma præscripta. *l. 3. 4. 5. in prin. h. t.* ac quicquid inde consecutus sit præstet: *l. si procuratorem. 8. § fin. l. idemque 10. §. fin. h. t.* mandatorem autem, ut indemnem servet mandatarium, ne damno afficiatur ex suo officio. *l. hæredem 14. l. si mandassem. 5. h. t.* Sed hoc verum est, tamdiu quoad mandatum durat, neque est revocatum solutumve.

Dissolvi-

9. *Quomodo dissolvatur mandatū.*

Dissolvitur autem voluntate, sicuti contrahitur: & quidem solius mandantis: *l. si verò 12. § pen l. si quis 46. §. 1. h. t.* cujus enim est, mandati legem dare, ejus & revocare: *l. quod jussit de re jud. l. cum prætor. de jud.* & cujus in favorem contrahitur, is suo favori renunciare potest. *l. pen. C. de pactis.* ut in deposito, precario, & similibus. Sed & ejus morte quæ voluntatem finit *l. 4. inf locati* revocatur, *l. inter 26 in prin. l. qui negotia 34. §. fin. h. vide Paul. lib. 2 tit. 15. & Instit eod.* Quod tamen verum est, re adhuc integrā. *§ recte Instit. eod & quia de jurisdict. om. jud. l. ant. 16. de procurator.* Quid enim si per ignorantiam mandatum impleatur, aut res sit affecta, *l si mandassem 15. h. t. d l. inter. 26 in princ.* atque inchoata? Sed nec in mandato necessario obtinet, ut mortuo mandatore liberum sit mandatario illud deserere, ut apparet in judicibus pedaneis. *l. venditor l. judicium sup. de jud.* Contra a mandatario quoque renunciari mandato potest, dummodò integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium rem commodè explicandi, *d. l. si manda vero. 22. §. fin.* Actio enim hæc cum tantum ad interesse detur, *d. l. si procuratorem, § mandati, h. t.* ei non competit, cujus nihil refert mandatum impleri, aut qui per alium exequi potest. Quod si mandatoris intersit non deseri officium, ad id tenebitur mandatarius. *l si quis. 27. § qui mandatum suscepit.* nisi justas causas habeat, quare vel implere quod suscepit, vel renunciare non potuerit, *d §. qui mandatum suscepit d l si manda vero. §. fin. cum ll. seqq.* Morte quoque ejus cui mandatum est, si quis integro adhuc mandato decesserit, contractus hic solvitur *d. l. si quis § pen.* Nam electa intelligitur ejus industria, quæ personæ cohæret, *l. un. § ne autem C de cad. tolland.* cum inter artifices, ut ajunt, & ingenia hominum magnum sit discrimen, *l inter. 31. de solutio.* Unde si hæres impleat, non habet Mandati actionem, *d. l si quis, § pen.* sed Negotiorum gestorum. *l nam & Servius 21. § si vivo de neg gest.* nisi rem a defuncto inceptam, neque jam amplius integram exequatur, *l. hæredem 14 h. t.*

10. *De directā actione mandati: cui, adversus quem, & ad quid detur.*

Ex hoc autem contractu duplex oritur actio, Directa & Contraria. *l. si servus. 10. h. t.* Directa datur mandatori, & ejus hæredibus. *§ item si adhuc Instit. eo d l. si quis §. morte.* ad id quod interest: *l. ad comparandas 16. C eod.* puta si mandatum non sit impletum, *d l si quis § qui mandatum suscepit,* vel perperam, aut extra fines præscriptos gestum: *l. 5. §. fin. h. t.* vel si quid dolo, culpa negligentiā admissum sit: nam omnia hæc in mandati judicium veniunt, *l. si procuratorem 8. §. fin h. t l. à procurat. C. eod l contractus de reg. jur.* bonam enim fidem agnoscere, & pro boni viri arbitratu versari, *l. si fundum. 37. h t.* ac diligenter fines mandati servare, mandatarius debet: *d. l 5. h. t.* quod & Promittere ab initio videtur. Quid enim recipis mandatum, inquit Cicero, *pro S. Roscio*, si aut neglecturus, aut ad tuum commodum conversurus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio simulato officis & obstas? recede de medio, per alium transigam, &c. Denique in hoc agitur, ut præstet mandatarius quicquid ex mandato aut ejus occasione ad illum pervenit, *d. l. si procuratorem. 8. §. fi. l. idemque 10. §. si mandavero. h t.* non cum fructibus & usuris: *d. l. idemque in prin. & §. 2.* quia bonæ fidei congruit, ne ex alieno mandatarius lucrum sentiat, *d. l. idemque §. si procur.* unde & actiones cedere debet. *d. l. si procuratorem. 8. § fin. l. qui mandatum. 43. h. t.* & in summa præstare, quicquid ex bono & æquo præstandum venit, *l. si fundum. 35. l. ita ut omnes. 36. h. t.* Qui autem ex hac actione condemnatur, infamiam subit, non modò si de dolo convictus sit, sed etiamsi propterea conventus fuerit, quod restituere nolit. Dolo enim facere videtur, qui quod potest restituere, non restituit. *d. l si procuratorem. 8. § fin.* Mandati, inquit Cicero pro S. Roscio, non minus turpe est judicium, quam furti, & addit rationem: Idcircò turpis hæc culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem. Nam neque mandat quisquam ferè, nisi amico: neque credit, nisi ei quem fidelem putat. Perditissimi est ergo hominis, simul & amicitiam dissolvere, & fallere eum qui læsus non esset, nisi credidisset.

11. *De Contraria actione.*

Contrario judicio experiuntur, qui mandatum susceperunt, *l. si vero. 12. §. si filiusfam l. . h t.* ad repetendum quicquid sumptus in exequendo mandato factum est, *d l. idemque 10. idem Labeo 9 d. l. inter causas 26. §. fi. d. l si quis. 27 §. pen. l. si mandato 45. § si fidejussor. 6 h. t.* Et quicquid omninò interesse mandatarii ullo modo potest, *d l. si vero 12. §. si mihi. l. si quis mihi. 16. l si mandavero. 22 § inter. Ja in hoc t.* etiamsi negotium implere casu aliquo nequiverit: *l qui mutuam. 56. in fin hoc tit l. etiamsi C eod* imò antequam exequatur, agere potest, ut sumptus necessarii præstentur, *d. l si verò. 12 §. fin.* Quorum omnium hæc est ratio, ut servetur indemnis mandatarius, ne damno afficiatur, qui officium fidei amico postulanti præstitit, *l si mandassem 15 h t. l. sed si quis ex signat. 7. inf. quemadmodum testam. aperiant. Paul. lib 4. ti. . . l 1. ad S. C. Trebell.* & apud quem nihil ex mandato remanet *l. ex mandato 20. hoc t.*

12. *An salarium in mandato, & quando inter venire atque exigi possit.*

Sed hic quæri potest, an salarium pro executione mandati rectè petatur. In quo sciendum est, mandatum suā naturā esse Gratuitum, cum pendeat ex officio atque amicitia, cui contraria est Merces, *d. l. 1 in fin. h. t l si tibi de præscript. verb.* Mercede igitur interveniente, & sine qua facturus non erat mandatarius, locatio est, ea eaque agetur. *§ fin. Instit. eod.* Sed si ultrò & remunerandi gratia, mandatario extra conventionem quid offeratur, honestè id accipitur, neque impedit mandati actionem. *l. si remunerandi 6. in prin. hoc tit. l. si tibi. 22. de præscrip. verb.* Sin conventum promissumque salarium sine certa tamen mercede, super facto quod locari non solet, non actione mandati petetur (est enim hoc mandato contrarium) sed aut Ex stipulatu, si stipulatio intervenit, aut ex alio contractu, aliaque actione, puta Præscriptis verbis, vel extra ordinem exigetur. *l. 1. C. eod. l salarium 7 hoc t.* Quod si in genere & incerta pollicitatione de salario sit conventum: verbi gratia, Si feceris, experiere apud me ingratum te non fuisse operam: vel omninò conventum non sit, verius est in hoc scilicet gratuiti mandati tractatu similibusque nihil peti posse: *l salarium. 7. C. mandati l. qui mutuam. 56. § salarium. in fi. h. t.* nisi extra ordinem ab iis qui accipere alioqui solent, ut sunt Advocati & Procuratores ad litem, *d l. salarium 7 d. l. 1. in fi. C. eo l. 1. C. de suffrag l. 1. § in honorariis. cum seq de variis & extraord. cognit.* Aut nisi alicui mandata res sit quæ locari solet: ut si sarcinatori vestimenta sarcienda tradantur sine mercede conventa, eo tamen animo, ut postea merces exsolvatur: nam actio Præscriptis verbis competet. *in pr. Inst. de loca. & conduct. l. si tibi 22. de præscrip.* qua de re Saxones etiam non nihil commentantur. *art. 22. lib. 3. ubi gl.*

O B S E R V A T A.

Ratio connexionis examinatur & definitio contr. consensualiū.

N. I. Expedita quidem est connexio de contractibus, qui *consensu* perficiuntur. Verùm definitio horum atque ratio subjecta. A. laborant plurimùm. Ait illos esse *in quibus non propriè res creditur, ut in superioribus.* Sed anne vocabulum *credere* in generali significatione; quâ denotat fidem alterius sequi, & *Creditum*, omnem contractum continet, quem instituimus fidem alienam secuti, *l. 1. inf. de reb. credit.* Et cur non contractus consensuales propriè dicantur *creditum*, & res in iis credi propriè? quia in genere sic credi dicitur actu ad obligationem comparandam interposito, *l. 2. § f. d. t.* Ipse hoc affirmavit suprà ad *t. de reb. cred. n. 3.* conf. not. *ibid. n: 5.* Neque quibus de supra actum, contractus reales ex eo æstimantur *an res in gener aut specie reddenda.* sed quat. initio perficiuntur rei interventu. Etiam in consensualibus nonnullis de re in specie reddenda agitur, ut in loc. cond. emphyteusi. Quod dicitur consensuales *consensu solo consummari*, minùs subtile est, quia consensu constituuntur & perficiuntur (actu primo;) consummantur verò seu implentur (vel actu secundo perficiuntur) demùm traditione. Alia est enim rei perfectio ab ejusdem implemento s. consummatione. Denique minus accurata est consensualium distinctio; tum quod & in societate de rebus agatur, nec solùm in emt. vend. loc. cond. tum quod non modò in mandato & societate de operis tractetur, sed & locatio quædam sit operarum, rectè notante Bachov. *b.* Quamvis itaque in contractibus omnibus consensus requiratur, *l. 1. § 3. de pact.* in his tamen insuper loco formæ est, eos ita perficiens, ut neque rei interventus desideretur, neque literæ, scil. scriptura, neque verba, nec quid aliud, *t. de oblig. ex cons.* Debet autem consensus esse verus, non fictus; & declaratus vel *Explicitè*, verbis, literis, *l. 2. de pact. l. 4. pro soc.* num, *arg. l. 21. de leg. 3.* vel *Implicitè*, seu tacitè & virtualiter, re factove, *l. 2. de pact. l. 4. pro soc. l. 6. §. 2. l. 18. mādat. l. 12. de evict.* Quin & *ratihabitione*, quâ consensus verus facto præterito accedes (consequens) translativa

Quomodo hic, requiratur consensus. Et declaretur.

juris fictione retrotrahitur ad initium actus, *d. l. C. de Sen. Maced. l. 56. de judic. l. 60. de R. J.* Vid. Besold. *thes. pr. v.* genehmhaltung. Aliquando & consensus hic transfertur de re una ad aliam æquipollentem, eadem specie fictionis, v. c. si is cui mandatum ut fidejuberet, alio modo egisset quo pecunia crederetur, rectè adhuc mandasse dicetur, *l. ult. §. f. h.* ubi Gothofr.

N. II, Probabile est *mandatum* dictum esse quasi *manu datum*, quod veteres in dandis mandatis & accipiendis manus sibi invicem dare consueverant, quem etiam morem in promissionibus multis vulgus retinet & observat. Hinc Mandare 1. latè & generaliter est alicui faciendum aliquid committere. Ita & præcepta, edicta magistratuum sunt mandata, *t. C. de mandat. Princ. N. 17.* (Confer tamen not. *t. de const. Princip. ad verb. quodcunque igitur.*) mandari dicitur jurisdictio, *t. t. de offic. ejus cui mand. jurisd.* tutela, cura. Gl. *d. l. 1. h. t.* add. Stephan. de S. Gregor. *de præcip. jur. & justit. partib. l. 2. c. 83. n. 1. & seqq. & n. 8.* 2. Restringitur *ad officia inter privatos de negotiis* gerendis; & significat, *alicui negotium aliquod gerendum gratis committere*: Gratuitum est, quia ex naturali officio & amicitia originem trahit, *l. 1. §. 2. h.* & amico præcipuè mandari solet. 3. Strictiùs adhuc mandatum procuratoris denotat judiciale, juxtà observata ad *t. de procur. p. 298. pr.* Hic in significatu secundo definitur Auton utrinque & mandantis & mandatarii respectu. Concinnius dici potest contractus de alicujus negotio gratis gerendo, *§ ult. I. h.* Cum verò juxta receptissima gentium & civilis juris principia inter contractus (qui consensu fiunt) nominatus referatur, equidem nullo modo toleranda est dicti de S. Gregorio assertio *cit. c. 83. n. 4.* quod mandatum reducatur ad contractum innominatum. Nullus namque innominatus solo consensu perficitur, sed omnis rei ipsius fit interventu, *l. 7. §. 2. de pact. l. 5. pr. §. 1. & seqq. de præscript. verb.*

Æquivocatio mandati.

Definitio.

Non est contr. innominat.

N. III. Judicare ex prædictis licet de variis h. t. divisionibus. *Coactum* mandatum quod vocat, diversi est generis & significatus, illius scil. quem primo loco indicavimus: ideoque & divisio non generis in species, sed vocabuli æquivoci in sua æquivocata. Exulat hic planè *non gratuitum*; Si enim de forma mandati est Τὸ gratuitum, ut ipse Wesenb. fatetur, *n. 6.* illud quod non tale, nec mandatum erit; quod negatâ formâ & rem ipsam negari necesse sit. Nam officio & amicitiæ, unde originem ducit mandatum contraria est merces, *l. 1. §. 2. h.* utpotè inter quam & operæ officium esse solet proportio. Undè licet honorarium interveniat, mandatum tamen non fit mercenarium, sed gratuitum manet, ex *l. 6. h* Nam *honorarium* naturam contractus nominati non immutat, quia non constituitur ab initio ut vera merces, sed *tanquam gratuitæ operæ ultroneæ remuneratio* extrinsecus accedit. Donell. *lib. 13. comm. c. 10.* Et in *l. 6. h.* honor figuratè appellatur pecunia data promissave causa honorandi vel remunerandi. Aliàs Salarium nominatur *l. 7. h.* quamvis mandato non insit, sed extrinsecus accedat, unde nec actione mandati peti potest, sed extra ordinem, *l. 56. §. pen. h. l. 1. C. eod.* Neque tamen positâ mercede in initio statim ponitur locatio cond. sed modò subsit & subjectum idoneum, h. e. factum locari solitum. Nam ubi merces initiò datur extra ejusmodi subjectum, negotium quod contrahitur, contractus est innominatus, do ut facias, vel do ut des, *l. 5. §. 2. de præscript. verb.* Conf. Bachov. *in not.* hæc latè exponentem.

Divisiones examinatæ Coactū.

Non gratuitum.

Nomen,

Salarium.

Merces.

N. V. *Res omnes futura*) Rectius dicuntur negotia f. *facta futura*, quia omne mandatum est de faciendo, scil. negotio aliquo expediendo vel administrando, eoque licito & honesto. Neque obstat *l. 6. §. 3. h. t.* quia ibi mandatum rei turpis vocatur mandatum falsum nominaliter, & quat. in factum objectum turpe incurrit. Atque hinc nulla est inter mandantem & mandatarium obligatio ex mandato h. e. contractu, Ex delicto tamen, casu secuto & mandans & mandatarius adstricti sunt, ille ad pœnam ordinariam, *l. 15. §. 1 ad L. Corn. de sicar. l. 11. §. 3. de injur. l. 5. C. de accus.* hic verò ad extraordinariam, si jussu Magistratus vel domini v. c. interfecit, *arg. l. 37. ad L. Aquil.* Vid. Bachov. *in not. & ad Tr. disp. 27. th. 3. G.* Et confirmantur hæc Responso Facultatis Juridicæ ad Judices criminales Wolferbyt. de anno 1609. d. 19. Febr. verbis: Belangend aber Brand Heinen/will derselbe in hoc atroci casu das angegebene mandatum des Pastoren/den er geführet/nicht entschüldigen / sondern dieweil er/soviel auß angezogenen Schrifften zubefinden/obgedachten Hansen Ohem der sich fuga gern salviren wollen nachgeeilet / und wie derselb gefallen/ ihn auff der Erden liegenden also verwundet / daß er ohnlängst davon gestorben/ist ihm Brand Heinen das gebetene Gleid nicht mitzutheilen/ sondern wird derselb zu gebührender Straff billig verfolget. V. R. W. Add. *l. 152. l. 169. de reg. jur. & Rom. c. 32.* Joh. Kœppen. *2. observ. 6. n. 6.* Judæos tamen hic nihil exigere à mandante, sed à faciente totam, v. c. injuriam compensare ac præcipere, asserit Constant. L'empereur *ad Baba Kamma c. 8. n. 7. inf.*

Objectū facta futura, honesta.

N. VII. Mandatum licet *in mutuo officio consistat*, tamen non fit omne causa mandantis. *Officium enim alterius proficere potest ad plures utilitates.* Hinc à fine dividitur, ut contrahatur (1) solùm mandantis causa, (2) mandantis & mandatarii, (3) aliena tantùm scil. tertii, (4) mandantis & aliena, (5) mandatarii & aliena, *l. 2. h. & §. seqq. pr. I. eod.* (6) trium personarum gratia, mandantis, mandatarii & aliena, *l. 8. §. 3. & 4. h. t.* Adde Hœpper. ubi bene exponit, cur Imp. *in pr. I. h.* recenseat saltim quinque modos, quibus mandatum contrahitur. Primum *vulgare est & ordinarium*, quod sibi rebusque suis regulariter quis prospiciat; unde in *l. 8. §. 5. h.* dicitur tunc orta mandati actio, ubi cœpit ejus interesse qui mandavit, & si nihil ejus intersit, cessat. Tertiò obstare videtur, quod mandantis non intersit, v. c. ut tertii negotia gerantur, ut illi fundus ematur, ideoque nec illius inde sit actio, *d. §. 6. junct. l. 32. locat. §. 18. de inut. stipul.* Resp. aut simpliciter nil interest mandantis, & nulla ipsi actio competit, *d. l. 8. §. 6. h.* Vel interest ex post facto; & actio datur, *arg. l. 28. de neg. gest. l. 6. §. 4. in fin.* Unde verba *§. 4. ejusd. l. imp. si tibi mandavero quod mea non interesrat. & l. 2. §. 2. eod.* intelligenda sunt quoad externam & nudam formulam verborum, cum tamen rei veritate interesset, propter *d. l. 8. §. 6. h.* Nec mutat *d. l. 6. §. 1. eod. t.* ubi adhuc disertiùs asseritur: *& si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Verùm enim hoc ubi si mea non interfuit, cavissem tamen de fraude, tunc enim teneor actione mandati contrariâ, *l. 32. h.* Secus ubi res gerenda confertur in alterius arbitrium; unde differunt consilium & mandatum, ex quibus illud obligatorium non est, *d. l. 2. pr. & §. f. l. 6. §. ult. h. l. 47. de reg. jur.* *Qui enim dat consilium*, verba sunt Chrysostomi *ad Cor. 8. 7.* citante Grot. *in flor. spars. dicit quod sibi videtur, nec illam imponit audienti necessitatem, sed ipsi relinquit eligendi jus liberum.* Neque enim vult ut quid fiat, ceu mandans, qui & vult & urget; sed sententiam suam alicui exponit, atque quodammodò offert, quam sequi liberum est, *d. l. 2. §. f.* Fallit autem & est ex consilio obligatio (1) si, ut dictũ, fuit cum cautione, h. e. alter consilio suo q. impulit cavendo, *d. l. 32. h.* unde tamen actio nulla directa sed

Mandatū plures fines habet

A. s fine tertii causa.

Consiliū differt à mandato, nec oblig. inde est.

Exceptiones.

contra-

contraria. Idem (2) est, si quis suadeat verbis specialibus & definitis, v. c. *ut pecuniam suam fœneres Seio*, ubi fides quodammodò consultoris interposita fuit, §. *6. I. h. t.* Unde Cic. 16 *ad Attic.* 8. qui consilium dat, *inquit*, fidem præstare tenetur. Idem (3) juxtà statutum Lubecense, *l. 3. t.* 10. *art. ult.* si quis cum ignoto contrahenti adstaret, dixerit ultrò ihr möget es ihm wohl vertrawen/die Zahlung wird euch wohl. Secùs ubi in genere affirmavit idoneum esse, cui pecunia mutuò dabatur, i. commendavit, non interveniente consilio de credendo, mandati enim tunc nulla obligatio est, *l. 7. §. f. de dol. mal. l. 2. de proxenet.* Vid. Gomez. 2. *res.* 13. *n.* 5. (4) Exceptio est, si quis consilium dedit aliàs contracturo quidem, sed quod fraudulentum fuit, unde est actio doli, *l. 8. de dol. mal.* Casus alios videsis apud Dn. Mevium *ad d. l. jur. Lubec. n.* 13. *& plurim. seqq.*

Ex mand. non statim utrinque est obligatio, sed altera ex post facto & accidenti.

N. VIII. *Statim obliget*) Sed hic effectus huic contractui planè non convenit. Nam (1) illi contractus statim ab initio ab utraque parte habent obligationem, in quibus statim uterque ab initio contrahendo astringitur ad dandum aliquid vel faciendum. Sed illud in mandati non fit; quia post mandatum jamdiu contractum, id contingit ob expensas vel damnum, *l.* 10. §. 9. (2) Quandoque unus tantùm obligatur, *l.* 41. *h. l. 6. §. 2. eod.* (3) Quia aliàs hinc utrinque daretur actio directa, contra quam sentit ipse Autor *n.* 10. Neque officit *l. 14. l. 15. h. t.* nam illis obligatur mandator non ratione initii, sed quatenus res amplius non est integra, ex post facto, & quatenus contractum implevit. Add. not. *supr. ad tit. de pign. act. n.* 9.

Revocatio.

N. IX. *Revocare*) Mandans, quamdiu res est integra à parte mandatarii, potest revocare, cum hic contra nihil possit prætendere, cum ex benevolentia susceperit, *l. 12. §. pen. h.* Junge tamen *l. 19. §. 3. de donat.* Renunciat etiam aliquando mandatarius, sed difficilius, quod statim initio ex contractu obligetur, secùs ac mandator. Obligatio tamen illa, cum sit faciendi, à qua præstando interesse contingit liberatio, *l. 27. §. 2. h. t. junct. l. 13. de re judic.* renunciationi locus esse potest, attamen non nisi ex justis caussis, *d. §. 2. l. 3. h. l. 8. §. fin. l. 22. fin. eod.* quod persona mandatarii electa censeatur. Vid Bachov. *h. ad n.* 11. Cæterùm rei non ampliùs integræ exempla recenset Gotofr. in *d. l. 27. §. ante pen. h. tit.* add. de mandati emendatione & ratificatione Dn. Mevium *p. 2. dec.* 32. an mandatum procuratorium validetur nudo Notarii documento. Idem *p. 2. dec.* 155. quodque nisi auditâ prius alterâ parte non sit recipiendum, *p. 3. dec.* 148.

Renunciatio.

Mandatarius præstat culp. levissimâ.

N. X. *Culpa*) sc. quavis. Nam mandatarius exactissimam diligentiam adhibere tenetur, 1. per *l. 13. & 21. C. h. t. l. 23. de R. J.* 2. propter rerum alienarum benè & utiliter gerendarum necessitatem, *arg. l. 1. §. 2. de procur.* 3. ob susceptionem officii alieni ultroneam, quam recipiendo alienæ rei procurationem, pollicetur, *arg. l. 10. h. t.* 4. propter maximam fidem, quâ mandatarius mandanti est obstrictus, Autori h. ex Cic. & aliis optimè probatam. Neque obstat (1) *l. 5. §. 2 commod. quod in eo contractu, in quo solius dantis est utilitas accipiens saltem obligetur ad latam culpam.* Est enim exceptio in mandato, Bachov. *ad Wes. h. sc.* quod mandatarius aliena negotia volens suscipiat, quibus poterat abstinere, ideoque eo ipso industriam omnem polliceatur, *arg. d. l. 10. h. t.* (2) Neque etiam mutat *l. 8. §. f. l. 26. §. 7. h. l. 4. C. eod. ubi culpa saltem fit mentio.* Nam intelligendum hoc ratione subjectæ materiæ de culpa levi, perinde ac dicitur *in cit. l. 10. h.* mandatarium debere præstare *bonam fidem*, quod intelligendum de eâ, quam natura contractus exigit. Conf. Del-Rio *ad l. 23. de R. I. c.* 7. ubi dicit hanc sententiam esse communiorem & receptiorem, veriorem quoque & æquiorem, Rittersh. *ad eand. l. 23. c.* 5. inprimis v. Cels. Bargal. *tr. de dolo lib. 5. t. 4. n.* 30. ubi latiùs ex Br. distinguit. Cothmann. 1. *Resp. 44. n. 28. & seqq.* Mozz. *h. col. qua actio. n.* 4. Vera autem est hæc sententia generaliter, *licet mandatum non fiat gratia solius mandatoris, sed & mandatarii, vel etiam tertii*, juxta Gloss. *in § mandatum, I. h.* ex sententia Bernhardi, Joannis & Azonis, contra Gothofred. & Martinum, qui putârunt ubi mandatoris tantùm utilitas est, præstandam culpam latam, ubi verò & mandatarii levem: à quibus nec est alienus Azorius *p. 3. l. 4. c. 6. & l. 9. c. 6.* Semper enim manet, quod saltem *ob industriam in negotiis gerendis* eligatur, eamque polliceatur mandatarius, quæ & excrescit interdùm, ubi non causa unius sed plurium mandatur. Diss. Zœs. *h. n.* 15. Neque officit hic non esse locum culpæ Levissimæ, quod mandatum nunquàm sit gratia solius mandatarii, quem ideoque nexu conscientiæ sic non teneri, imò JCtos Romanos severius cum eo egisse, censet idem Azorius. Ut enim ipse fatetur *d. l. 4. c. 6.* mandatarius haud rectè agens, violat amicitiæ fidem & vitæ societatem, cum sponte sua mandatum suscipiat, imò aliquando se offerat. Quod egregiè exponens Cicero *in Orat. pro Sext. Rosc.* Amer. inquit: *Nam neque mandat quisque ferè nisi amico; neque credit, nisi ei quem fidelem putat: Perditissimi est igitur hominis simul & amicitiam dissolvere, & fallere eum, qui læsus non fuisset, nisi credidisset.*

Extensio.

Quin hic *principaliter*, & ex natura Contractus ratio habetur *industriæ* electæ in mandatario, & promissæ (pollicentis procurationem) quæ semper uniusmodi est, talis sc. quæ mandatori per omnia & perindè ac si ipse egisset, commodare possit; secundariò verò ratio est utilitatis ejus, quæ ex industria redundat, ab eadem distincta, quæque varia & in universum sextuplex est, ut suprà notavimus. Contra fit in commodatario, qui ad industriam non eligitur, sed suæ utilitatis causa rem alienam accipit, ideoque ad exactissimam diligentiam adstringitur ex natura contractus, non verò ob industriam, nisi ex accidenti, & quatenus proficit rebus commodatis custodiendis. Tantùm de mandatario. Contra verò mandans obligatur mandatario, ad omne quod ipsi abest ratione officii suscepti, *l. 12. §. 9. h.* adeoque ad diligentiam quoque exactissimam, *l. 26. §. 7. eod. l. 61. §. 5. de furt.* Unde Grot. *de i. b. & p. l. 2. c. 12. notandum est*, ait, *quandam rei æqualitatem spectari, & in contractibus beneficis, non quidè omnimodam, ut in commutatoriis, sed ex suppositione ejus quod agitur, ne quis sc. ex beneficio damnum sentiat; ob quam rationem mandatarium indemnis præstari debet à sumptibus factis, & damno in quod ex causa rei mandatæ incidit.*

Obligatio mandantis ad culp. levißi.

Cui confirmando subjicimus notabilem casum, quo de consulti in collegio Juridico respondimus H. P. Rerhingam anno 1641. d. 10. Jan. verbia: Als ihr uns berichtet/welcher gestalt J. R. Bürger zu Newenmarck den 1. Novembris anno 1633. an euch M. L. und P. H. begehret (mandando) daß ihr folgenden Tages etliche feiste Rinder vor die Stadt treiben möchtet/dahin er kommen/dieselbe besehen/und kauffen wolte: der sich aber daselbst den andern Novembr. beneben einem zuer Newenmarck liegenden Obristen mit achtzig Pferden auffgemacht/und wie ihr mit ewren Viehe des angedeuteten Käuffers erwartet er neben zween Reuteren auff euch zugesprenget/und euch alsbald zugeredet/ ihr soltet die Ochsen herauß lassen/hettet euch nichts zubesahren/ auch hoch betewret / wenn euch ein Klawe oder Haar wegkeme/daß wolte er alles gutmachen; welche zusage er zu mehrmahlen widerholet. Ob ihr nun wohl die gefährligkeit vermercket / und mit dem Viehe entrinnen können und wollen; so hättet ihr doch euch mit dem tewren versprechen auffhalten lassen/biß die in der nähe

zum hinterhalt versteckte Reuter auch herzukommen/ welche euch nicht allein 57. Ochsen abgenommen/sondern euch selbsten nach Newenmarck gefänglich mit weggeführet/und in arrest alda 14. Tage behalten; ferner gemelter R. euch persuadiret / wen ihr eine gewisse anzahl Brods nach Newenmarck lieferter/solten euch die Ochsen wieder abgefolget werden; nicht destoweniger weret ihr nach beschehener lieferung/ wieder in arrest genommen/biß ihr euch auff 1000. fl. verbürgen müssen: und wie ihr endlich die Rinder loßgekriegt/und wieder verkaufft / wären sie dermassen verringert und abgenommen/daß ihr 300. Thal. schaden daran gelitten/zu dem bey erlegung der 1000. fl. euch unbilliger weise verlust an Gelde 52. fl. und fernern andere Unkosten über die 200. fl. zugezogen / darüber ihr euch des rechten zu informiren gebeten; demnach erkennen und sprechen wir darauff nach fleissiger erwegung vor recht/ daß gemelter J. R. sich dießfals mit dem Pragischen Friedenschluß keines weges zu schützen / sondern er seinen gethanen geheiß/ und tewren versprechen nachzukommen/euch/wegen abgenommenen Ochsen den zugestandenen Schaden / als den Wehrt / an gelieferten Brod/item 1000. fl. ranzion, verlust an Gelde/auch verursachten unkosten / so viel ihr dessen beweißlich liquidiren/oder da nötig endlich erhalten könnet / wieder zubezahlen und zuerstatten schüldig/und ihr darzu billig zuverhelffen seid. J. R. W. Pertinet huc & casus fortuitus, qui est mandatarii, v. c. si is in itinere sit spoliatus, passus naufragium, *l. 26. §. 6. h.* hæc enim casibus magis quàm mandato imputantur, quod etiam de legato in itinere spoliato dicitur, & Cujac. notandum scribit. Excipitur 1. nisi casu damnum contingat in ipsa re mandata, ut si quis mandaverit emere servum, qui fur est, *l. 61. §. 5. de furt.* 2. Si mandatarius mandati causâ in iter impendat, quæ aliàs non impendisset, utporè in res itineris subeundi causâ necessarias. 3. Si ille mittatur tempore belli, aut ad loca manifestò periculosa: tunc enim quod expensum erit in lytrum redemptionemve aut commeatum, rectè imputabitur. Bart. Bal. *in d. §. 6.* Panorm. *in c. sicut. de jurej.* Joh. Andr. *in c. damnum de R. I. in 6.* Azor. *d. l. 9. c. 6. v. secundò quæritur.* Mozz. *h. col. de naturalibus mandati. n. 24. & seqq.* Quamvis videatur æquius quod Accurs. *d. l.* dicit, illum §. 6. de curialitate non debere observari, eamque sententiam usu esse comprobatam asserat B. Autumnus *h. in censur.*. Nam æquius est, si casus merus sit qui præcogitari non possit, eum non præstari, ex regula generali, *l. 23. de R. I.* Secus autem si quis periculosum iter indies infestum alteri mandaverit: Nisi mandatarius periculum in se receperit, Franc. van den Zype *notit. jur. Belg. tit. mand.* Diss. Grœnevvegen in *l. abrog. ad d. l. 26. §. 6. h.* Accursium sequens. Neque hic prætereundum, quod in simili casu diversum pronunciasse videantur JCti Lipsienses & Jenenses contra Erffurdianos: Nisi dixeris mandatarium (quo de consulti fuerant) infestum iter suscipientem, casui causam dedisse; quod scire potuerit, debuerit, sibi Suedis militanti facilè periculum imminere posse à Cæsareanis & in provinciam iis addictam proficiscenti.

Casus fort. mandatarii.

In itin. periculoso.

Q. *De excessu.*

N. XI. *Ullo modo potest*) Hinc ergò Q. *an mandatarius habeat contrar. actionem, etiam quum fines mandati excessit?* Quod neg. (1) quia eam saltim habet ad summã quæ mandato tacitè vel expressè continetur, *l. 4. h. §. 8. Inst. eod.* (2) per *l. 12. C. h. t.* & quod fines mandati excedens non celebret mandatũ, *l. 3. §. f. l. 4. 5. 33. ff. eod.* Neque etiam neg. gest. actio tunc datur, quia mandatarius excedens omne gerit contra prohibitionem, *l. f. C. de neg. gest. l. 40. h. t.* Gl. *in d. §. l. h. t.* Diss. Treutl. *d. disp. 27. th. 6.* per *l. 2. & l. 45. de neg. gest.* quod actio negor. gest. detur & pro eo quod utiliter gestum. Sed hoc verum est, nisi quod impendatur aut fiat contra expressam aut tacitam prohibitionem, ut *in d. l. 40. h. t.* Bachov. *d. th. 7.* add. Mantz. *decis. 8. decis. 473.* ad quid teneatur falsus procurator seu administrator, qui fines mandati & officii sui excedit, addi meretur ex Grotio *d. j. b. & p. l. 2. c. 16. n. 21.* ubi exponit locum Gaiin *l. c. c. 13.* de mandato an impleri possit per aliud æquè utile aut utilius *& l. f. h. t.*

N. XII. *An salarium* Q. hanc perobscurè tractat & decidit Wesenb. Mens ipsi hæc videtur: Vel non intervenit quid compensationis in mandato (ut regulariter) vel intervenit. Illo casu expeditum est, nec peti quid posse, *l. 1. h. t.* Hoc casu quod intervenit, vel merces est, & nogonum dicitur locatio cond. *§. fin. h. t.* vel est salarium, & vel ultrò oblatum, vel per conventionem adjectum. Primo casu honestè accipitur, nec impeditur hactenus mandati actio, *l. 6. h. t.* Altero casu dist. nam promissum est salarium vel super facto locari non solito, & tunc si in specie adjectum, datur pro eo actio ex stipulatu, vel præscriptis verbis, *l. 1. C. h. l. 7 ff. eod.* Si verò in genere, nihil peti potest, *l. 17. C. eod.* exceptis procuratoribus & Advocatis, qui ob qualitatem & conditionem personæ suæ, dum intelliguntur commodi causà officium hoc præstare, petere possunt extra ordinem, *textib. ab Aut. cit.* Si verò promissio facta super facto locari solitu, datur actio præscriptis verbis, *l. 22. de præscr. verb.* Verùm quæstio initio mota erat hæc, *an salarium pro executione mandati rectè petatur*: quæ nunc exit in istam, *quâ actione petendum sit salarium.* De illa nos diximus suprà *n. 3.* Hæc verò longè rectius ita deciditur. I. Dist. quoad mercedem, inter factum locari solitum, & non locari solitum. Illud cùm sit locatio cond. petitur exindè merces actione locati, *arg. d. §. f. l. h. t.* Hoc cert negotium innominatum, actionem præscr. verb. *arg. l. 5. §. 2. l. 22. de præscr. verb. d. §. fin. l. h. t.* II. Quoad salarium & honorarium itidem distingu. cum Bach. *ad Tr. d. disp. 27. th. 2. C. & in not. h. ad n. 3.* Nam factum vel concernit *utilitatem publicam*, vel *privatam*. Illius nomine, (ut est publicè vel privatim litteras docere, fungi munere advocati &c.) competit actio pro salario extraordinaria, licet nihil, aut in genere, vel incertum quid promissum sit, *l. 1. pr. & §. 10. de var. & extraord. cogn. l. 13. §. 9. C. de judic.* Hoc casu dist. vel *nihil*, aut *in genere* vel *incertum* quid est promissum, & nulla datur actio, *l. 56. §. pen. l. 17. C. h.* vel *certum* quid promissum est, & petitur extra ordinem, *l. 7. d. l. 56. §. pen. h. l. 1. §. f. C. eod.* Neque verò his contrariatur, quod proponit Aut. (1) ex *§. f. l. hic* quod si merces intervenerit, sit locat. cond. Nam hoc explicandum est ex *d. l. 5. §. 2. l. 22. de præscr. verb.* (2) Non obstat *l. 6. h.* ubi videtur dici, quod salarium petatur actione mandati. Neque enim ibi hoc asseritur, sed quod promissio talis non mutet naturam contractus; ideoque salarium non petitur actione mandati, sed extra ordinem. Neque etiam (3) contra facit *l. 7. h. t.* quam refert Wes. ad procuratores in genere. Quippe ibi petitur salarium propterea, quod procuratorum usus sit privatus, *l. 1. §. 2. de procur.* non verò publicus, ut Advocatorum. Conf. Obs. *ad n. 3. h. t.* Pertinet ad *h. t.* Quæstio an Patientia sciens alium in judicio suo nomine contendere, pro mandato sufficiat. *Aff. t.* quia patientia *comm.* pro consensu est 2. in judicio expressum mandatum non requiritur, *arg. l. 1. C. de advocat. fisc. 3. per l. 1. §. 12. ad Sen. Maced.* Vid. Dn. Mev. *p. 2. dec. 159.*

An pro mandato rectè petatur salarium.

Singularis procur. & advoc.

Q.

Responde contra Autor.

Q.

TITU-

TITULUS II. C. 4. 37.

Pro Socio.

1 Differentia societatis & communionis: & de variis societatum generibus.

AD personas etiam pertinet Societas, quippe quæ jus quoddam fraternitatis complectatur *l. verum 63. in princ. h.t.* Nam quæ res sine affectu societatis, & tractatu personarum communes sunt, earum non dicitur esse societas, sed Communio, *l. quib. 34. l. pro socio 38. h.t. tot. supr. communi dividundo* Porro etsi societas quædam utilis inter homines natura constituta est, *in l. 3. sup de just. & jur. Cic. lib. 1 Officior.* tamen præter illam, tum aliæ conlocationes multo arctiores, necessitatibus vitæ sic exigentibus, initæ sunt, tum propter negotiationis usum à mercatoribus quædam communicatio inventa est, ut plurimorum operis facultatibusque in unum collatis, rectius copiosiusque mercatura exerceretur.

2 Quid sit societas de qua hic agitur.

Quæ quidem Societas ita definitur: ut sit contractus juris gentium nominatus, in quo bona fide contrahentes societatem de rebus honestis ineunt eo animo, ut res operæve, earumque rerum lucra & damna inter ipsos communicentur. Socii, inquit Cicero, *act. 5 in Verrem* putandi sunt, quos inter res est communicata: videlicet animo contrahendæ societatis.

3 Species.

Species societatis a materia sumuntur. Alia est enim Universalis, id est, omnium bonorum, *l. 1. §. 1. cum l. seq.* quæ semper contrahi intelligitur, nisi de particularibus negociis actum sit, *l. coire 7. cum seq. h.t.* Alia particularis alicujus negociationis, vel rei *l. 5. h.t.* Deinde alia est societas quæ fit De rebus publicis, ut de vectigalibus, alia vero de privatis.

4 Causa efficiens quomodo constituatur.

Causa efficiens; est Consensus & animus contrahendæ societatis, *l. qui admittitur 18. l. ut sic. 31. cum l. seq. l. plane. 37. l. si margaritam 44. h. tit.* sive expressus, sive etiam Tacitus. *l. sed quod 58. § fin h.t.* Omnis enim communio, consensu contrahitur. *§. si duorum 27. Instit. de rer. divis.*

5 Materia de quibus rebus inire possit.

Materia de qua contrahitur societas, sunt res & operæ honestæ omnes, *l. 5. h.t.* quæ quidem in commercium cadunt *l. verum 63 §. fin. h.t.* Rerum autem turpium nulla est societas, *l. quod autem 53. l. nec prætermittendum 57. h. tit. l. quod sæpè 35. §. 1. de contr. empt.* ut monopolii. Unde nec quæ delicto, ut furto, latrociniis, injuriis, &c. parta, vel ob pœnam amissa præstitaque, inter socios jure communicantur, *l. cum duob. 52. §. ibid. ait 13. alias l. si fratres 53. §. fin. cum l. seq. h.t. Paul. lib. 2. tit 16.*

6 Forma ineundæ societatis. & quæ Pacta recipiat.

Formam ex jure civili nullam singularem societas habet, utpote quæ jure gentium consensu perficiatur, tractatu habito, *l. nam cum 32. h.t.* sive Verbis, *l. 4. h t.* sive Scriptura, *l. duo 71. h.t.* vel per Nuncium, aut Epistolam, *d.l. 4.* Contrahitur autem Purè, vel Ex tempore, vel Ad tempus, vel in perpetuum: hoc est, quoad socii vivunt, *d.l. 1. h.t.* (nam nulla societatis in æternum coitio est, *l. nulla 70 h.t.*) vel sub Conditione, *d.l. 1. d.l. 3 §. fin.* Item partibus societatis aut expressis, aut non expressis: quo casu sunt æquales lucri & damni partes, etiamsi quæ conferuntur, inæqualia existant, *l. 5. l. si non fuerint. 29. h tit.* Nam cum societas sit jus fraternitatis, *d. l verum in prin.* iniquum esset alium plus, alium minus consequi, *d.l. verum §. si cum tres.* Et imputet sibi, qui legem contractui non dixit apertius, *l. veteribus de pact. cum similibus.* Portius in §. 1 *Inst. eod.* tamen putat, partibus non expressis, si conventio oriatur, a Judice qui partibus boni viri fungitur, *l. continuus 137. §. cum ita de verb. oblig. Bart. in l. si societatem §. 1. n. 4. h t.* Analogia Geometrica pro cujusque sorte & opera, partes societatis esse statuendas, nam alioqui erit verè inæqualis, nisi exigantur partes non ad Arithmeticam, sed ad Geometricam proportionem pro uniuscujusque operis atque opibus, quas in societatem confert: *l. si societatem 6. h t.* idque bonæ fidei congruum esse videtur. Rectè etiam contrahitur societas. Vel una tantum parte expressa, puta lucri, quo casu idem servabitur in altera, videlicet parte damni, *§. illud Instit. eod.* quia contrariorum eadem est ratio & disciplina, *l penultim. §. fin. qui satisd. cog. l 1. de his qui sunt sui vel alien. juris.*

7 De partibus societatis constituendis.

Neque tamen refert, æquales sint partes, an inæquales. Potest enim conveniri, ut alter unam, alter duas lucri damnive partes sustineat, vel ut nullam damni, aliquam lucri partem consequatur: quæ inæqualitas ita demum recepta est, si tanti opera socii est, quanti verisimiliter damnum esse queat: *d. l. si non fuerint*, plerumque enim plus est in manus, *l. mulieris 13. de verb signif. l. 5. hoc tit.* precio, quam in re, & ut vulgo dicitur, Hoilsimentum est opera pro pecunia. Verum in hoc advertendum est, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum intelligi lucrum esse, quod superest, *§. 2. in fin. Instit. eod. l. Mutius 30. h.t.* Quod si operæ æstimatione hæc inæqualitas non compensetur, verius est propter nimiam inæqualitatem, ne jure quidem pacti societatem valere, *d.l si non fuerint in verb. quod ita demum valebit.* Usus tamen ejusmodi pacta sustinet. Videmus enim locupletes pecuniam suam in societates mercatorum ita conferre, ut aliquam lucri, nullam damni partem sustineant. *Port. Angel. in §. 1. Inst eod.* Inutilis etiam societas est, si convenerit, ut quis damnum, non quam lucrum percipiat, *d l. si non fuerint §. fin.* quam Leoninam societatem ex fabulis vocant: nam in universum societas contrahitur, tam lucri quam damni communio initi debet, *l. si unus 67. in prin. l. cum duob. 52. § penult. h.t.* Maximum enim est vinculum societatis, utilitatum communio, authore Livio: *Decad 4. lib 9.* nec qui sunt sanæ mentis, contrahere velle in damnum duntaxat, non etiam ut lucrum faciant, intelligunt. Respuenda igitur pacta tam iniqua sunt, quæ non contrahunt, sed dissolvunt potius societatem, ratione inæqualitatis, & pugnant cum natura, atque adeo fine hujus contractus.

8 Finis & effectus societatis.

Societas enim ad utilitatem ex conjunctis operibus, communicationeque rerum comparandam, & quæstus gratia excogitata est, *arg. l. 7. ibi universorum quæ ex quæstu veniunt, cum l. seq h.t.* (unde nec donationis causa rectè contrahitur, *l. 5. in fin. h.t.*) ad utilitatem cum privatorum, tum Reipubl. magnarumque negotiationum exercitium, pluribus opes operamque conferentib. Hoc enim modo uberius res necessariæ importantur, earumque rerum major paratur copia atque utilitas: ut contra monopoliis, caritas annonæ & indigentia: quæ idcirco etiam prohibita sunt, *d.l unica C. de monopol.*

9 Quæ dividenda sint, aut non sint.

Est igitur hoc societatis proprium, ut jure quodam fraternitatis lucra & damna periculaque inter socios communicentur: *l. cum duobus 52. §. damna 2. h. t* quæ tamen ex causa societatis, non aliunde acciderint. Quid enim si alterutri negociatorum obveniat hæreditas? utique non communicanda erit, cum de quæstu solum, qui ex opere & negociatione paratur, actum intelligatur, *l. coire 7. cum multis seq. h.t.* nisi in universum omnium omninò bonorum inita sit societas, *l. 3 §. 1. l. cum duob. 52. §. socium h t.* Quid si ex causis prohibitis vel acquiratur quid a socio, ut furto: vel amittatur, ut alea, aut ex mulctæ condemnatione: Hæc certè in societatis judicium, quod bonæ fidei est, non veniunt: *l. adeo 59. in fin. d. l. cum duobus §. fin.* ut nec illa quæ dolo aut culpa committuntur, *d. l. cum duobus 52. §. 1 cum seq l. adeo 59. §. 1 l. socius § 72 l. socium 60 § 1.* Licet è contrario damnum societati per fraudem neglectionemq; illatum, præstari debeat. Sufficit tamen talem diligentiam rebus communib. adhiberi, qualem suis: *d. l. socius 72.* quia jure suo, & tanquam dominus in rebus communibus versari socius intelligitur, *l. merito 52. h t.*

10 Contraria societati.

Contraria societati, sunt Dolus malus, qui contractum nullum facit: *l. 3. in fin. h t* Inæqualitas nimia, *d l. si non fuerint §. fin.* Res turpes, *l. quod autem 53* pactum Ne liceat renunciare societati, *l. nulla 70. l. verum 63. §. fin. l. 4.* Quanquam hæc pactio vitiat non societatem, sed potius vitiatur.

11 Quomodo societas solvatur.

Societas solvitur ex personis, ex Reb. ex Voluntate, ex Actione: ideoque sive homines, sive res intereunt, sive voluntas, sive actio mutata sit; distrahitur societas *in fin. l. 53. h.t.* Intereunt autem homines, aut Civili morte, id est, maxima & media capitis diminutione, *l. 1. § fin. de bonor. possess. contra tab.* qua dissolvitur societas, *d.l. 4. verum 63.* non etiam minima: *l. sed quod 58. §. 1. l. actione 65. §. morte 8 h.t.* aut Morte Naturali. Si igitur vel unus ex pluribus sociis decedat, tota solvitur societas, *d. §. morte d.l. 4. d l. 4. d l. cum duob. 52. § idem respondit.* non enim transit in hæredes etiam ex pacto: *l. nemo potest 35. l. adeo 59 hoc tit.* cum quia personæ electa intelligitur industria, tum ne quis invitus ei socius efficiatur cui non vult, *d. §. morte.* quod contrarium esset societati, quæ consensu constat, *l. fin. C. communi dividund.* Hoc in privatis societatibus obtinet, ac in societate vectigalium nihilominus manet societas post mortem socii cum ejus hæredibus, *d.l. adeo 59 hoc titulo* saltem effectu, ut omnia damna & lucra communicentur, *d. l. verum 63. §. in hæredem 8.* quod propter negocii magnitudinem, & varios tractatus, ac ne dissoluta societate locatio publica damnum faciat, receptum est, *d.l. actio 65. §. penultim.* Rei quoque quæ non amplius existit, vel commercio exempta est, societas nulla durare potest. *d.l. verum §. fin.* ut si finis negotio sit impositus, cujus gratia contractum erat, *§ pen. Institut. eod.* eadem ratione perit societas, si publicata sint, aut à creditoribus distra-

cta socii bona, vel facta cessio, *d. l. actione in princ. & §. mort. & d. leg. 4. in verb. agestate §. item si quis inshe eodem.* Voluntate etiam distrahitur societas, videlicet cum societati dolose fraudulenter renunciatur, vel Expresse, *l. si convenerit 14. cum 2. ll. sequent.* vel Tacite; ut cum separatim socii agere cœperunt, & unusquisque eorum sibi negociatur: *leg. itaque 64.* sine fraude renunciationem fieri intelligimus, cum res fraude caret: *ut in lege si quis cum alter 36. de verbor. oblig. l. 3. C. comm. utr. jud.* hoc est societatis nihil interest eam fieri: alioqui si intersit, ad id tenetur qui renunciat: jure societatis, quod ex consensu tantum durat, nihilominus propter contrariam voluntatem dissensumque dissolutio, *d. l. actione §. manet Institut. eodem.* Actione distrahitur societas, aut Stipulatione interposita animo novandi, qua alter alteri partem se daturum promittit: aut Judicio, quo agitur in id ut ea distrahatur: quia mutata est causa societatis, & per Novationem & per Mutationem voluntatis *d. l. action. in princip.*

iam in casibus ea durante: *l. actione 65. § penult.* in hoc, ut commoda, lucra, omnesque societatis res dividantur, *d. l. res communis d. l. actione § penultim.* & pactiones societatis serventur: *l. cum duobus 52. § item 12. l. societas 62.* id quod interest præstetur, *l. sed si ex causa 47. d. l. actione* si vel intempestive renunciatum sit societati, *d. l. si convenerit 14.* vel dolo, culpa, negligentia socii damnum datum: *l. sed nihilominus 49. cum l. seq.* Petuntur etiam hoc judicio impensæ in causam societatis factæ, *l. pro socio 38. d. l. cum duobus 52. § si quis 65.* & ut in cæteris bonæ fidei judiciis, fructus, *d. l. pro socio.* atque usuræ *d. l. cum duobus §. idem respondit d. l. socium 60. hoc titul.* Datur autem actio hæc singulis sociis, contra singulos, cum par sit omnium conditio & causa: item horum hæredibus, & in hæredes: ut societatis jam dissolutæ & lucra ante percepta communicentur, *d. l. verum 63. §. in heredem de leg. actione §. morte.* utque hæres præstet, si quid dolo aut culpa perperam gessit, *l. nemo 35. cum lege seq. h. t.* Etsi enim morte dissolvatur societas: tamen inchoata negotia hæres absolvere utilitatis causa debet, *l. hæres socii 40. h. t.* ut & hæredes tutoris ac negotiorum gestoris, *l. 1. leg. qui hæredes C. de hered. tuto. leg. nam & Servius 21. § vivo. 2. de negot. gest.*

12 *De actione pro socio: cui, adversus quos, & ad quid detur.*

Ex hoc igitur contractu oritur ultrò citroque Directa pro socio actio quæ Generalis est, *l. pro socio 36. h. t.* Rei persecutoria, *l. sed action. 50.* Bonæ fidei, *l. unde 79. l. res communis 45. hoc titul.* daturque ut plurimum absoluta societate, nonnullis et-

OBSERVATA.

Societas in genere quid. Ejus origo.

N. II. Societas absolutè considerata nihil aliud est quàm *communio, commercium.* Originem ex amicitia habet, quia societas est amicabile quiddam, sec. Arist. 4. *pol.* 11. seu in omni societate amicitia est & justum quoddam, & socios amicos appellant, qui inter se commercium habent, 8. *Eth.* 11. Amicitia autem hæc ordinatur vel ad bonum publicum vel privatum; nam ejus gratiâ quod bonum videtur, omnes omnia agunt 1. *Pol.* 1. & ob utile aliquod conveniunt homines, aliquid eorum comparantes quæ ad vitam pertinent, 8. *Eth.* 10. Illa est *societas publica*, quam natura inter homines constituit, ex naturali omnium hominum cognatione *in l. 3. de I. & I.* societas humana, mater omnium contractuum & commerciorum, civilis societas & principalissima, quam Philos. *d.* 8. *Eth.* 11. ait esse gratia utilitatis, & à principio constitisse ac perseverare. Hæc est Privata quæ particularium utilitateo appetit, *d. c.* 11. iterum varia: *Consanguinea*, inter patrem & liberos, Fraterna, patruelium, *Conjugalis* inter virum & uxorem, *Domestica*, domini & servi, 8. *Eth.* 13. *Collegiata*, Sodalitia, quæ inter collegas qui superioris auctoritate congregantur, *l. 1. quod cujusque univers.* Bran *rubr. de colleg. illic.* Vel *Singulorum*, i. rerum communicativa, quæ ordinatur ad bonum s. utile acquirendum, ut dicit Bald. *in rubr. C. h. t. n. 2.* Hæc autem porro vel *incidens*, vel *Conventionalis* est, *l. 31. h. t.* Illa fit sine tractatu habito de societate, h. e. circa societatis affectum, aliàs *Communio*, v. c. hæredum, rerum duobus aut pluribus legatarum, donatarum, *d. l. 31. §. 3. de oblig. quæ ex q. contr. l. 2. pr. comm. divid.* Hæc semper contingit cum animo & habito tractatu ineundæ rerum societatis, *d. l. 31.* Unde hoc significatu, omnis societas quidem habet annexam communionem, sed non omnis communio est societas. Atque hæc hujus est loci, quam minus rectè Autor *pr. h. n.* refert ad personas; Ad res enim spectat communicandas, nec personæ ratio est, nisi qua industria s. cura ejus aliquando intervenit, quod fit & in locatione illa quæ dicitur operarum. Vid. Obs. *ad tit. preced. n. 1.* & Bachov. *in not. h.*

Species.

Ut hic accipitur.

Definitio.

N. II. *Ut sit contractus jur. gent.*) Brevius & rectius dicitur *contractus consensu initus de rebus quæstus causa communicandis.* Nam quod sit jur. gent. nominatus, & b. f. hoc aliàs inest generaliter contractui consensuali. Definiri potest &. *contractus contribuendi ad commune lucrum vel usum.* Vid. de Lugo *disp. 30. sect. 1.* Quia vero inter socios, ut dictum, amicitia esse solet, hinc hæcce societas jus quodammodo fraternitatis in se habere dicitur Ulpiano *in l. 63. hoc titul.*

Universalis simpliciter.

N. III. *Alia enim est universalis*) Verùm hæc latiori explicatione indigent, nam *Universalitas* hæc ut &, *Particularitas* suos gradus habent. Sic enim Universalis societas (1) dicitur, quæ *simpliciter est omnium bonorum, l. 1. § 1. h. t. l. 3. §. 1. eod. l. 4. C. eod.* quæ alias omnium fortunarum, *l. 73. pr. & §. 1. h.* (2) quæ est inter cohæredes, *l. 3. § 2. h.* & respectu prioris pro particulari habetur, *l. 39. §. 3. fam. ercisc. 3.*) societas *simpliciter contracta*, h. e. nullâ rerum facta designatione aliàs *simpliciter contracta super acquæstu*, nam & hæc pro universali habetur, *l. 7. l. 8. h. t.* Particularis est, quæ vel certæ *alicujus negotiationis*, puta vini, frumenti, lanæ, *l. 5. pr. § 3. eod.* sive etiam *unius rei*, ut equi vendendi, *d. l. 3. h. l. cum proponas C. eod. add. pr. I. h. t.* Et inter hasce species lata differentia est. Nam in illa quæ simpliciter universorum bonorum, fictione juris res omnes (exceptis nominibus quæ credenda, *l. 3. h.*) communicantur, *l. 13. h. §. 1. l. eod.* tam ex industria quam fortuna, tam ex contractibus inter vivos, quàm ultimis voluntatibus, *l. 3. §. 1. h.* unde etiam sumtus ad studia & dotes filiarum ex hujusmodi societate impenduntur, *d. l. 13. §. 1. eod.* Et ejusmodi societas universalis est quoque inter conjuges non quidem jure civ. nec Can. *arg. l. 51. de don. int. vir. & ux.* Fornet. *1. sel. antiq.* 11. Riemer. *2. ill. quæst.* 1. sed statutario multis in locis, admodum faciens ad constantiorem animorum conjunctionem atque commercia ipsa promovenda, de quâ latè Dn. Mev. *ad jus Lub. l. 2. t. 5. art. 5.* Petr. Sanz. *de divis. bon. c.* 11. Grœnevveg *ad pr. l. quib. al. lic. & rubr. C. de jur. dot. n. 1.* Lamb. Goris *in annot. ad 1. advers. 1. n. 26.* Anton. Matthæ. *de auct. l. 1. c. 19.* Gerh. Feltman *de jur. in re & ad rem c. 18. n. 52. & seqq.* Contrà verò in societate simpliciter contractâ, h. e. quæ non sit omnium bonorum) tantum ea veniunt quæ ex quæstu, *l. 7. l. 8. h.* non vero quæ ex industria aut fortuna accedunt, *l. 52. §. 5. & §. 16. h. t.* Menoch. *2. de arb. jud. cas.* 127. Christinæ *3. decis. Belg.* 51. Hect. Felic. *de societ. c. 10.* Dn. Mevius. *ad d. jus Lub. l. 3. t. 9. art. 1. & ultim.*

Particul. quæ.

Societas tacita & expressa.

N. IV. *Consensus*) Consensus quo perficitur societas, semper verus est non fictus: declaratur autem vel *expressè*, verbis, stipulatione, pacto *l. 7. h.* vel *tacitè*, facto s. *per actus sociales.* Illius exemplum in societate omnium bonorum est, si dicatur quod sit generalis, universalis, omnium fortunarum; *l. 2. l. 3. h.*

Huic

Huic non contrariatur, *l.4. h.t.* ubi dicitur, quod etiam re societas contrahatur. *Aliud enim est, re contrahere societatem, aliud, rem requiri ad societatis perfectionem. Illud enim potest fieri dum statim animo ineundæ societatis res in commune referuntur, cum tamen ea actualis traditio non fuisset necessaria, sed ipsa societas etiam potuisset constitui saltem consensu habito rebus communicandis.* Conf. Bachov. *h. in not.* Dn. Mev. *p.2. dec.191.* ubi exponit re contrahi societatem cùm ex consensu eorum ad quos res pertinent, fit conjunctio ad commune commodum vel incommodum. Quam ideoque contractum, censet, & tantum aliquot creditores, ad agendum sub omnium concursu suam causã, ita conspirarunt, ut communibus sumptibus & studiis finis ejus promoveri, & quod ipsis deberi per sententiam judicabitur, communicari debeat. Saltem *de soc. universali omn. bonorum* quæstio est, *an tacitè contrahi possit?* Quæ affirmatur ex sententia Dd. communiori, per *d. l.4. h.* Sunt autem tales sociales actus ex quibus fit 1. si simul habitent socii, v.c. fratres post mortem patris bonis indivisis) 2. lucrorum si collatio & communicatio. 3. si non exegerunt ad invicem rationes, de quib. vid. Felic. *d.c.10. n.17. & seqq.*

Materia.

N. V. *Res & opera honesta*) Vid. Bach. *h.* ubi rectè notat, Aut. confundere duas quæstiones, alteram *de turpi societate* quæ nulla ex se & ratione objecti, quod nulla sit rerum inhonestarum, *l.57. h.* alteram, *an honestè constitutâ societate, malè parta sint communicanda,* quod negatur: eoque pertinent, *l.52. §.17. l.53. eod.* Videsis de objecto societatis latè tractantem Feliciũ *c.9.*

Forma in consensu.

N. VI. *Formam juris civ. nullam*) Verùm forma juris gent. & civ. est *consensus de re communicanda lucri causa*, animo ineundæ societatis, *d. l.32. & l.57. h.t.* at forma s. potius *modus exprimendi* illum consensum (& sic perveniendi initio ad societatem) non est certus; nam modò tacitè fit, modò expressè, variis modis, *l.4. h.* Quia verò omnis est quæstus causa, hinc ad formam constitutæ societatis quoque pertinet quomodo lucrum & damnum sit communicandum. Dependet autem hoc ex partibus illatis, quæ vel *æquales* vel *inæquales*. Priori casu, si expressum, quæ partes debeant communicari id tunc servandum est, ut, quod unus debeat habere duas partes lucri & damni, alter vero tertiam, *§.1. I. h.t.* aut quod unus nullam damni, lucrũ verò commune sit, *l.29. §.1. pro soc.* Modò conventio non sit contra societatis substantiam, v.c. ut alter lucrum, alter damnum sentiret, quæ societas leonina dicitur in *d. l.29. §.f. junct. l.5. §.2. eod. l.32. §.24. de don. int. vir. & uxor.* Ita enim naturale societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Ubi partes non expressæ, tanquam ex tacitâ pactione illæ factæ intelliguntur, quæ ratione & quantitate rerum collatarum æquipollent; Si enim collatio est æqualis, etiam partes erunt æquales, *l.29. pr. h. l.3. C.* Denique si partes inæquales sunt collatæ, ad proportionem summæ collatæ etiam partes lucri comparantur. Sic enim si ille, qui 200. contulit, lucratur 8. ergo ille qui contulit 100. lucrabitur 4. qualis enim est proportio inter 200. ad 8. talis inter 100. ad 4. Hæc autem proportio licet speciem præ se ferat Geometricæ, non tamen verè est Geometrica, ut Aut. statuit, sed Arithmetica. (1) Quia illa est *proportio s. æqualitas proportionum s. comparata,* ut in his numeris 2. 4. 6. 12. sicut enim se habent 2. ad 4. ita se 6. ad 12. *hæc autem est æqualitas inter duas quantitates s. proportio simplex* ut in his numeris 2. 4. 6. 8. quæ enim proportio est ratione distantiæ inter duo ad quatuor, eadem est inter 6. ad 8. Mol. *de just. & jur. tom. 1. tr. 1. disp. 12. vers. est vero hoc discrimen.* Ita etiam ubi 200. illata in societatem ab uno, & ab altero 100, est æqualis proportio inter 200. ad 8.

Attenditur h. proportio Arithmetica.

quæ lucratur primus, & inter 100. ad 4. quæ alter percipit denn in den Gesellschafften muß seyn so wol des verlusts als deß gewins gleichheit / nach befindung der anlag oder eingelegten Guts (2) Quia societas est contractus. (3) Lucrum in ea non accipitur ut præmium sed ut debitum, *§.1. & 2. I. h.t. l.6. eod.* (4) Quia hic non persona personæ, sed res rei adæquatur, dum distributio fit quæstus & damni, vel ratione rerum illatarum vel adhibitæ industriæ, *l.67. l.52. l.pen. l.29. d. §.1. & 2. I. h.t.* Diss. præter Wesemb. Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib.2. cent.2. casu 123.* Treutl. *vol.1. disp.27. th. 8. lit. D.* Hartm. Pistor. *lib.3. quæst.1. n.6.* sentientes in societate æquales partes intelligi non secund. proportionem quantitativam s. Arithmeticam, sed quotativam vel Geometricam, per *l.6. & 80. h.t.* Verùm hic semper proportio s. æqualitas est non proportionis, sed *inter duas quantitates.* Altera *summa res illata vel etiam opera æstimata* ad certam quantitatem, quæ quidem quota est respectu cæterarum, sed in se quantitas quædam. Altera est lucrum aut damnum in quantitate respondens. *arg. d. l.6. & l.80. h. junct. l.29. §.1. eod.* Proinde non obstat (1) quod lucri portiones sint inæquales prout summa illata inæqualis fuit, (2) lucrum socius accipiat quâ pars est communis quod utrumque proprium esse videtur proportionis Geometricæ. Respondet enim rectè Molina *d. loc. Advertendum tamen est,* inquiens, *per accidens in debito ex justitia commutativa cerni effigiem debiti ex justitia distributiva, Ut si tres ineant contractum societatis, & computatis omnibus capitale unius excedat in duplo capitale alterius ex reliquis duobus, & rursus capitale hujus excedat in sex capitale alterius.* Fit enim hoc ex accidenti, in quantum tres pluresve conjungi contingit qui per collatã pecuniam simul lucrum quærunt. Quod si quilibet seorsim suâ pecuniâ lucrum faceret, difficile non foret, rem rei sine applicatione proportionis Geometricæ exæquare. Et simile est in emt. vendit. quum enim emuntur res diversæ & inæquales à diversis, pretium quidem est inæquale, nec tamen quis dixerit emtionem vend. institui sec. Geometricam proportionem. Unde etiam rectè Bachov. *ad Tr. d. disp.27. th.8. D. Et sicut qui pistori,* ait, *duos nummos dedit, eo, qui dedit unum, plus accipit, non Geometricâ sed Arithmeticâ proportione, ita etiam in hoc casu Arithmetica proportioni, quam ad contractus pertinere liquidum est, convenit, ut qui altero tanto plus contulit, plures etiam lucri partes accipiat.* Ut enim in societate conferri potest sors (& opera) illata ad sortem alterius, & lucrum vel damnum, ad lucrum & damnum alterius, *l.36. l.80. l.83. h.* ita & in emtione vend. pretium unum ad aliud, & merx una ad alteram. Conf. Dn. Horneius noster *in ἀγῶσι lib.3. Ethic. c.12. n. fin.* Acciaiol. *ad c.5. lib.5. Ethicor.* quos in hoc secuti fuimus.

N. IX. *Quidenim si alterutri*) Pertinent hæc ad objectum societatis, quæ sc. res dividendæ sint vel non, de quibus latè Petr. Sanz. *de divis. bon. lib.2. c.1. 2. & 3.* Eodem spectat quæstio ad *l.16. de reb. cred.* occurrens, an in illius specie contracta sit societas universorum bonorum, quod rectè affirmat Emund. Merillius *lib.1. variant. ex Cujac. c.16.* In quam veniunt etiam illa quæ accidunt extra naturam s. occasione societatis, *l.3. §.1. l.52. §. socium h.t.* Secus ac in societate particulari, per text. *d. l.52. §. & 5. eod.* Juxta quæ responderunt Dn. Antecessores Facult. A. Schmidt Hildes. anno 1628. 15. Jan. verb. Solten sich in ubergebener Rechnung etliche Posten so nicht passirlich befinden / so ist H. B. dieselbe zu justificiren, vnd davon red vnd antwort zu geben / auch das jenige so nicht in causam societatis, sondern zu seiner eignen nothurfft als uff Kleidung vnd zu Ehren uff Hochzeit vnd Gefatter

Quæ in societ. dividantur.

fatter

fatterschafften von ihme verwendet / und in die Rechnung gebracht / für sich alleine zubezahlen verbunden. Jungesis Lug. *diss.30.sect.3.n.31.*

Præstatio damnorum.

Qualem suis) Socius enim socio levem quoque culpam præstare tenetur, §. *f. I.h.l.52.§.2.l.71.eod.l.23. de R.I.* Vid. Del Rio ad *d.l.23.c.16, in interpre. etymol.* Tym.Fabr.*anniverſ.diſſ.24.th.14.* Casum autem fortuitum non sustinet, nisi dolo aut culpa ejus accident, *d.l.52.3.h.t.* Quomodò in modò dictâ caosa pronunciatum verb. Was dann von H. B. auß nachlässigkeit und verseumnis verlohren und ihm entwendet / solches ist er / so viel ewren antheil außtragen wird / dafern ihr ihm daß jenige nicht gewillig nachlassen werdet / euch zuerstatten ebenmessig verpflichtet. V. R. W. Add. Lug.*d.sect.3.n.32.*

Finitio.

Per mortem.

N. XI. *Societas solvitur.*) Hi modi quos autor habet ex textibus juris sunt conscripti, aliter eos exponit & ad certa principia revocat Bachov.*h.* Notari in iis potest, quod dicitur morte solvi societates, juxta Grot. *de i.b. & p.l.2.c.16.§.16.* nec esse ex jur.nat.geot. sed civili Romano. Pro quo est quod hæres communiter succedat in jus defuncti, quodque idem receptum in societate vectigalium, *l.59.l.63.§.8.h.* Attamen hoc eod jur. ob publicam utilitatem constitutum fuit, *dd. ll.* Alioquin nec contra jus naturale sed præter est finitio societ. per mortem, tum quia idem in mandato; tum quia fides & industria electa in hoc contractu respicit translationem ad hæredes. Add. Dn.Mevium *p.2. dec.102.* ubi explicat, quomodo renunciationem fieri oporteat ut socio innoxia sit & absque fraude, fiatque tempestivè, & maneat sociu ad omnia illa quæ invicem conventa fuerunt, & de præterito debentur, actio integra, *l.f.C.comm. div l.63. §.3.h.l.17.§.f.eod.*

Actio.

N. XII. *Actio*) Rectè monet *h.* Bachov. non omittendam fuisse illam præstationem actionis *ut bona communicentur.* Imò & illud huc pertinet, quod in societate universali res ipso jure fictâ traditione acquirantur, *l.1.§.1.l.2.h.t.* Hinc Q. *an socio detur actio contra tertium socii debitorem?* Dist. inter rem jure dominii pertinentem ad socium atque apud ternum extantem, & inter personale debitum, quo aliquis socio est astrictus. Hujus nomine socio contra sui socii debitorem actio non competit, nisi ipsi sit cessa, *l.3.pr. h.t.* quia personalis actio adversus tertium non extenditur, *l.25.de O. & A.* & nomina non recipiunt, sive veram sive fictam traditionem. At ratione rei, quæ ex jure aliquo in re & socium pertinet & apud tertium reperitur, contractâ *societate universali*, actio realis competit, quia in hac citra traditionem jur. singulari transfertur dominium, *d.l.2.h.t. arg.l.13. de acq.poss.* Conf.Felic.*cap.14.*

An contra socii debitorem.

DIGESTORUM LIB. XIIX.

TITULUS I. C.4.38.40.

De Contrahenda emptione, & de pactis inter emptorem & venditorem compositis: & quæ res venire non possunt.

1 Frequentia emptionum & venditionum.

RES inter homines maximè communicantur Emptione & Venditione, neque quicquam hoc contractu in commerciis humanis frequentius est atque etiam æquabilius, ut non immeritò olim eum Romani tanquam justissimum, omnibus ferè solennibus familiarum mutationibus translationibus, alienationibus, *vide con lib.2. dispu. ca.16.* ut adoptionibus, emancipationibus testamentis, adhibere sint solito. Quod cum ita sit, erit, ut opinor, operæ precium, si paulo diutius, sicuti & ipsos juris compilatores fecisse liquet, in tam ubertimæ materiæ enodatione commoremur.

2 Quid sit emptio.

Emptio est contractus *l.3.h.t. vide Paul. lib.2. tit.17.* jurisgentium, *l.1.in fin h.t. l.jurisgent. 7.de pact.* nominatus, *d.l. jurisgent.7.l.3 5.6.7.h.t.* bonæ fidei, *l.1.& 5.h.t.* in quo per consensum res precio commutantur ea ratione, ut venditor obligetur ad tradendam rem, ejusque aut transferendum dominium, aut præstandam evictionem; emptor contra ad dandam venditori precium. Dixi, esse Contractum jurisgentium & Consensu constare, *l.1.in fin.h.t.* Deinde, in illo commutari res precio: qua differentia secernitur emptio à permutatione, quæ species speciеb. commutat.

3 Origo emptionis.

Ac olim quidem, usu nummi nondum invento, nullum erat inter hos contractus discrimen: nec aliud merx, aliud precium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat. Verum quia nec semper, nec facilè concurrebat, hoc est; usu veniebat, ut cum tu haberes quod ego desiderarem, mihi invicem præsto esset quod tu accipere velles, neque res hinc inde extarent æqualis preti & proportionis, sine qua æqualitate rerum permutatio consistere nequit, necessum fuit inveniri medium, quod vice rerum esset, & quædam quasi mensura ac ponderatio, quæ pro rerum varietate & posset augeri & minui *Arist. lib.1. Politicor.* Electa est igitur materia, cujus publica ac perpetua æstimatio, ut inquit Paulus, *Paul. in d. l.1.* difficultatibus permutationem æqualitate quantitatis subveniret, eaque materia forma publica (ne quis privatim adulterare posset) percussa, usum dominiumque non tam ea substantia, id est materia, *l. in venditionib 2. hoc tit. l. Julian §. si quis rem, 3. ad exhiben. l.4. ubi Cujac ad verb. substantiam de usuc.* præberet, quam ex quantitate: hoc est, æstimatione quantitatis & forma, *Duar. ann disput lib.1. cap. 6,* nec ultra merx utrumque, sed alterum precium vocatetur.

4 Partes & species.

Partes emptionis & venditionis sunt Res, pecunia, & Consensus, quo illa permutantur: nisi enim hæc omnia interveniant, erit contractus imperfectus: *l.1.& 2. l.in vend. 9. l.cum in vend.36 cum l.seq l domum 57.h.t.* Unum porro est commune genus emptionum, etsi quis velit a forma distinguere eas quæ Sola voluntate sine scriptura fiunt, ab his quæ in scriptis perficiuntur, *l. contractus Cod. de fide instrument.*

5 Consensus.

Emptio & venditio consensu peragitur *d.l. contractus in fin.* sine quo consistere nequit, *l.in vend.9.h.t.* unde si vel in precio, vel in re contrahentes dissentiant, imperfectus erit contractus: puta.

6 Conclusio Lquod tamen & L.cum ab eo.

Si error sit vel in corpore: ut si ego me fundum Cornelianum emere putem, tu Tusculanum te vendere: vel in Substantia & materia, ut si acetum quod vinum fuit, pro vino, æs pro auro væneat. In quo dissensisse videntur admodum subtiliter consulti, ut si non in totum erretur in materia rei quæ væonit, valeat venditio: verbi gratia, si æs quod ejusdem pene est cum auro materiæ, mixtum auro vel inauratum pro auro vendatur, *l. quod tamen 4. h.t.* Sin autem planè alia materia sit, quam de qua dictum est, non valeat: puta; Si mensa argento cooperta quo solida væneat. Nihil enim habet commune æs vel lignum mensæ cum argento, nec eadem est horum υλη, neque operimentum pars est materiæ (ut nec vestimentum corporis) hoc est mensæ, quam argenteam præstari convenit, *l. cum ab eo 41. § fi.h.t vide Cujac lib.obser.2.c.4.*

7 Materia.

Circa omnes autem res versatur venditio & emptio, sive corporales, sive incorporales, *l. cum manu 80.h.t.* quas quidem habere

& quæ res distrahi possint aut non possint.

habere vel possidere possumus. *l. si in emptione 34. §. omnium* nam quæ extra commercium sunt, ut res sacræ, Publicæ, liber homo, &c. earum nulla venditio est, *l. 6. l. qui officii. 56. l. liberi 70.* nisi ab ignorante emantur: quo casu in hoc duntaxat valeat, ut habeat actionem deceptus emptor, *l. 4 & 5. d. l. liberi 1. l. qui officii.* Sed etsi res in commercium cadant, tamen nonnunquam earum impeditur venditio: nam principio in his quæ extincta sunt nec præstari possunt, ut sunt domus exusta, equus mortuus, &c. non valet emptio, quia sine Re fieri nequit: *l. nec emp. 8. l. domum 57. h. t.* quamvis quæ futura probabiliter sperantur, ut fructus futuri, captura piscationis, & similia, recte emantur, *d. l. nec empt. l. si jactum 12. in f. de actionib. empt.* Deinde domos negociandi causa ut destruantur, vendi interdictum est, ne ruinis deformetur aspectus civitatis: *l. senatus 52. h. t. l. cætera 41. cum ll. seqq. vide quæ dixi in 1 uo Inst. de rer. divis.* Sane ut reficiantur aliquando, recte væneunt, & destruuntur, *l. 1 & 2. C. de ædificiis privat.* Prohibitum etiam est, vendi venena nisi adjectione alterius materiæ fieri possint salutaria, *l. quod sæpe. 35. §. venena.* Sed nec res litigiosæ in venditionem cadunt, *l. fi. C. de litig.* nec ipsæ litta, nisi juxta præscriptam formam *in l. per diversas cum ll. seqq. C. man. l.* Res autem alienæ recte venduntur, quia sufficit venditorem pro evictione teneri: *l. rem alienam 28. h. t.* quo tamen nihil juris invito domino aufertur. *l. nemo 6. C. de reb. alien. l. mater 9. Cod. de rei vend.* Rem vero propriam frustra emit emptor, *l. etsi 15. in fin. cum l. seq. h. t. l. m. 21 de usucap.* quia Quod ejus est, amplius illius fieri nequit: *§. si rem Inst. de leg. § si itaque. Instit. de act.* nisi cum possessio aut jus aliquod, quod alteri competit, emitur, *l. si in emptio. 34 § penult. hoc tit. l. si aliquam 28 de ac. poss* aut sub conditione: *l. existima 61.* Et hæc quidem de rebus quæ in venditionem veniunt, aut non veniunt.

8
Quid intelligatur venditum.

Cum autem quæritur, Quid, Quantumque in contractum veniat, dicendum est, quicquid cohæret rei venditæ, venditum intelligi, *l. ædes 73.* quod quidem tempore contractus fuerit, *l. Rutil. 69. l. in lege 77.* Unde fundo vendito, fructus & instrumenta adhærentia quasi pars fundi vendita intelliguntur, *d. l. qui fundum 40. §. qui agrum & §. final. l. si aqua ductus 47. cum ll. sequent. l. fistulas 78. hoc tit. Paul. lib. 2. tit. 17. & ibi Cujac.* & domum distractam sequuntur, quæ terra, quæque opere structili tectove continentur, & consequenter etiam census, ac pensitationes: sine quibus, quamvis præteritis & jam cessis *l. 2. ubi Sal. C. sine cens. vel rel.* fundi ac prædia comparari non possunt *1. 1. tit. C. sine cens. vel rel.* Ruta autem & cæsa, id est eruta & cæsa à terra, ut arena, lapides, ligna, statuæ, &c. non veneunt, quamvis olim, ut ostendit Cic. *lib. 2. de Orat.* declarationis gratia nominatim excipiebantur, *l. in vendendo 66. hoc tit. l. fundi 17. §. si ruta de actio emp.* An autem vendito prædio, pisces, ligna, *l. Iulian. 13 § fin. cum ll. seq. de act. empt. & ibi Bart. & Alexand. Guid. Pap. decis. 0. Tiraq. de retr. prox. § 1. glo 7. num. 116. Molin. in cons. Par. § 1. glo 1. num. 17. 18. 19.* animalia & columbaria, *Moli. præalleg. loc.* molendina, *Las. in l. quo minus num. 120. de fluminibus:* investitiones, *Bal. in c. 1. § si quis de manso nu. 4 de cont. invest.* jurisdictiones, *Bart. in l. inter de acq. rer. dom. Bald. & feud. in c. 1. de cap. qui cur. vend. & D.d. in l. beneficium de const. Prin. in l. 1. de jurisdict.* thesauri: *Isen. in c. 1 quæ sint regal. Cha. in consuet. Burg. tit. de justit. §. 1 verb. espaves. numer. 15.* an vendito equo sella & frenum vendita censeantur: *in l. de quib. numer. 86. de legib.* non est hujus instituti inquirere diligentius.

9
Forma, quomodo contrahatur.

Nunc de forma, & quomodo contrahatur emptio agamus. Ea recte fit, etiam inter Absentes, per Nuncium aut Literas: *l. in fin. h. t.* neque enim requiritur necessario, aut Scriptura, *l. 2 h. tit.* nisi in scriptis contrahentes perfici contractum velint: *l. contract. C. de fide instr. in prin. Instit. de empt. & vend.* aut Præsentia: sed sufficit quoquo modo contrahentes consentire. Deinde contrahitur emptio sine arrha interim in argumentum contractus, Arrha interveniente, *l. quod sæpe 35. in princ.* Quanquam autem alias à perfecta consensu emptione abiri fas non est, ne Principis quidem rescripto *l. 3. l. ratas, C. de rescind. vend.* tamen cum arrha intervenit, qui eam amittere, aut duplicatam quam accepit reddere vult, impune à contractu recedere potest, *d. l. contract. Instit. eod. in princ. l. 5. C. quand. liceat. ab emp. recid.* propterea quod arrhabo, ut & ipsum nomen indicat, dari videtur in pignus & securitatem contractus, unde si quis eo carere velit, satisfacere videtur voluntati adversæ partis, quæ conqueri non potest, cum hoc contractus pignore antea fuerit contenta, *arg. l. 3. §. fin. de fidejuss. l. à divo Pio §. si pignora de re jud.* Mihi tamen placet, idque probabilius videtur, ut quod de arrhæ amissione dicitur, de contractu necdum perfecto intelligimus: de qua specie loquitur Imperator *d. l. contractus C. de fide instr.* nec absurdum est, eodem modo Justin. *in prin. Instit. eod.* interpretari, præsertim cum diserte addat hæc verba. IS QUI RECUSAT ADIMPLERE CONTRACTUM. unde intelligi potest, eum de contractu necdum impleto loqui: quod & præcedentia convincunt. Donec enim, inquit, aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est (quod est contractus imperfecti) & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione, ita tamen, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum &c. Ergo re adhuc imperfecta, puta si vinum væneat ut degustetur, aut si de re convenit, nondum etiam de precio; *ut in l. etsi 15. h. t.* siquidem arrhæ datæ fuerint, ut essent pignus perficiendi in posterum contractus, pœnitentiæ locus erit, utpote in contractu adhuc imperfecto. Arrharum tamen datio, quasi contractus quidam per se existens, *l. 5. C. de sponsal. & arrh.* hoc operabitur, ut qui adimplere tergiversatur, perdat quod dedit: venditor autem pœnitens, qui arrhas accipit, duplum reddere compellatur. At contractu per consensum omnibus partibus absoluto, pœnitere omnino non erit integrum: *Inst. eod. in princ. in verb. argumentum est empt. Contracta l. sicut C. de act. cum simul.* & arrhæ nomine datum, in partem precii imputabitur, *l. de lege Lul. tum. de lege commissor.* Secus tamen esset, si arrha non in Argumentum aut securitatem daretur, sed ut Pars precii conventi: tunc enim Arrha dici nequit; sed potius Precium, neque emptionem, utpote perfectam, infringet, *d. l. 2. Cod. quando liceat. &c.* Idque hodie fieri atque observari videmus.

10
Quomodo perficiatur: & de gustu ac mensura explicata difficultas: & de gustu emptionum.

Perficitur autem emptio, statim atque de precio convenit, & res certa est. Quod si de rei qualitate aut quantitate nondum constet, imperfectus est contractus, Verbi gratia: Si vinum certo precio, ad certam quantitatem ematur, non prius erit emptum, quam fuerit gustatum & admensum. Idemque de reliquis rebus quæ numero, pondere, mensura constant, judicandum est, ut non aliter quam si adpensa, admensa, adnumerata sint, perfecta sit venditio, *l. quod sæpe 35. § in his quæ ponde.* In quibus omnibus consuetudo regionis erit attendenda, *l. Impp. 71. h. t.* Alia tamen est causa gustandi, quam metiendi. Gustus enim, puta vini, ad hoc proficit, ut improbare liceat: quod enim facit venditionem. Mensura vero eo fit, ut appareat quantum sit emptum: quocirca argumentum est venditionis contractæ, à qua recedi non potest, quamvis ante mensuram in ea perfecta non habeatur venditio, ut periculum emtor sustineat, *l. si in emptione 34 § penultim. hoc tit. l. 1. in l. de periculo & commod. rei vend.* Sed hæc vera sunt, cum pure est contractum: alioqui lex contractus servanda erit, si forte, ut fieri potest venditio facta sit sub Conditione *l. hæc venditio 7.* etiam Tacita *l. si quis fundum 37. l. si debitor 39. h. t.* (non tamen legibus improbata. *d. l. si in emptione 34. § 2*) aut in diem, *l. cum alieo 41.* vel ad diem, *l. cum manu 60. § sylva* aut Ea die, *l. fin. h. t.* quæ dies non suspendit obligationem, sed traditionem & implementum contractus, *§ 3. Inst. de verbor. obligat. l. cedere diem 213. de verb. significat.* nisi habeat admixtam conditionem *d. l. fin.* Conditio autem contractum suspendit, donec existat: *d. l. hæc venditio 7.* ea porro existente venditio ad tempus contractus retro trahitur *l. necessario de peric. & commod. rei vend.* Plane quamvis in arbitrium tertii possit conferri precii æstimatio, aut implementum contractus, *l. fin. C. eod. d. l. hæc venditio h. tit.* tamen si in voluntatem aut arbitrium alterutrius ex contrahentibus venditio conferatur, ut, Vendo tibi, Si volueris, Quanti æquum putaveris, &c, non contrahitur emptio: quia nulla necessitate astringuntur contrahentes, *l. in vendentis 13. C. eodem d. l. hæc venditio, l. quod sæpe 35. §. 1. h. t.* & quia nullum certum precium, rei constitutum est, ut pars contractus deficiat. Ubi autem certa res venditur, & precium definitur, & de eo dando ad certum tempus deliberatio cogitandique spacium emptori permittitur: inchoatur venditio sub conditione contracta, & venditor illi stare cogitur, consensum declarante intra condict. spacium emptore, *§. fin. Instit. de emt. & vend. ubi dixi.* perinde atque cum vinum certo precio ad gustum emptoris venditur.

11
Finis.

Finis emptionis est, Ut necessariæ res inter homines communicentur, & ut inquit consultus, Perpetua pecuniæ æstimatione difficultatibus permutationum subveniatur.

12
Effectus: Quia venditor trāsferre teneatur dominium.

Effectus est, Quod a contractu perfecto recedere non liceat, *d. l. 3. l. ratas C. de resc. vend.* sed emptor precium dare cogatur venditori: hoc est, dominium ejus in eum transferre, *l. ult. de condict. causa dat.* cum pecuniæ dominum facere, *l. 1. verbor, nummos fecerit accipientis de rer. permut. l. si servus. 7. C. de act. empt.* Ille contra rem tradere emptori, non simpliciter, sed sic ut transferat ipsa traditione dominium, nam talem ejus tradere debet, quale vendit. Vendit autem dominium, non tamen præcise rem emptoris facere tenetur, *l. si ita 25 §. fin. hoc tit.* cum ne propter incertitudinem & difficultatem probationis dominiorum, *D.d. in l. cum res C. de probat.* impediatur hic contractus, usibus quotidianis maxime necessarius: tum quia per evictionis præstationem indemnis servatur emptor, perinde ac dominium nactus esset, *l. in vendendo 65. h. tit. l. 2. l. ex empt. 11. de action. empt.* Id tamen agi necesse est in emptione, ut dominium traditione transferatur: nam si alia

fit

sit contrahentium intentio, non potest videri res vendita *l. cum manu sata. 80. §. fin. h. t.*

13 *Quando traditione transferatur dominium, habita fide de precio.*

Traditio autem non aliter transfert dominium rei venditæ, quam si vacua possessio, ut fieri debet, *l. 2. leg. 3. inf. de act. empt. l. si pater 8. C. de act. empt.* tradatur, *Contr. dissent. lib. 1. cap. 8.* item si contra precium solutum sit, aut fides de eo habita: *l. quod vendidi 19. l. res 53. h. t. §. per traditionem §. vendita Inst. de rer. divis.* cæteroqui non videtur voluisse rei dominium amittere venditor, quisspe præsentis numerationis, quæ secuta non est, tradidit, *l. 3. de pignor. action.* Quod hanc præsentis precii fiduciam præ se non ferat venditor, sed simpliciter tradat, videtur eo ipso traditionis facto fidem de precio habere, nisi aliud ex circumstantiis appareat, *l. procuratoris. § penult. ubi gloss. & Dd. de tributoria actio. ita recepta est sententia in §. vendita Instit. de rer. divis. ubi contra disputavi.*

14 *Differentia inter venditionem & locationem.*

Et hæc quidem in genere de venditione satis, si paucis quæ huic contractui maximè sunt Affinia, quæ Adversaria attigerimus. Tanta est inter emptionem & venditionem & conductionem cognatio, ut sæpè dubites ad utrum contractum species conventionis sit referenda, *Instit. de loca. & conduct. in prin. l. 2. §. 1 infr. locati.* quod tamen hac regula dijudicari solet: QUOTIESCUNQUE ID AGITUR UT AB EO QUI REM PRÆSTAT, DOMINIUM IN EUM QUI DAT PECUNIAM TRANSFERATUR, EMPTIO EST: QUANDO VERO NULLA FIT DOMINII TRANSLATIO, LOCATIONIS GENUS EST, Verbi gratia: Dedi victori ligna, aut auri fabro argentum, ut mihi vas faceret: locatio erit, aut contractus innominatus. At si conveniat, ut ex suis lignis, suove argento vas mihi fabricet, emptio est. nam rei dominium transfertur, *l. Sabinus 20. l. convenit 65. hoc tit.* Illud tamen sciendum, ubi precium & res invenitur, ibi in dubio semper potius emptionem, quam locationem aut oppignorationem contractam præsumi, *Jas. in l. 1. num. 23. C. de jur. emph. Capell. in tract. de simula. contra.* Est & Affinis venditioni Permutatio, de qua commodius ad tit. de rerum permutatione paulo post dicemus.

15 *Pugnantia cum hoc contractu.*

Pugnant cum venditione dolus malus, *l. si dolo C. de rescind. vend.* qui cum ab utraque parte intervenit, ut si uterque sciat rem furtivam aut vitiosam esse, indistinctè vitiatur contractus: *l. si in emptione 34. § item si emptor, l. domum 57 h. t.* ab alterutra, & dolus causam contractus dederit, annihilatur eo volente qui deceptus est: *l. & eleganter in prin. de dolo malo. gloss. & Dd. in d. l. si dolo.* Incidens dolus per actionem contractus purgatur, *d. l. si dolo. l. dolus cum l. seq. C. de rescind. vend.* Contrarius est & Error, ut diximus, emptioni, quæ consensu constat: cui nihil tam esse contrarium dicitur, quam error, *l. nihil. 116. de reg. jur.* Item Pactum de non transferendo dominio, *l. cum manu sata 80. §. fin.* & Donationis causa facta traditio sub specie emptionis, *l. cum venditione 36. hoc tit. vide Cujac. in l. ultim. infr pro donat.* imaginaria enim venditio nulla est, *l. nulla 55. h. t.* Et plus valet quod valet quod agitur, quàm quod simulate concipitur *tot. tit. C. plus valere.* nec venditio sine precio fieri ulla potest, sicut dictum est. Plane si donationis causa minoris res vendatur, *de quo Bart. Castr & Dd. l. 2. C de rescind. vend.* valet venditio *l. si quis donationis 38. in prin. hoc tit.*

OBSERVATA.

Differentia h. contr. ab aliis.

N. II. Finituro empt. venditionem opus est distinguere alios qui finitimi existunt contractus. Manifesta autem differentia est *à donatione*, quæ gratuita, *à mutuo*, ad cujus perfectionem opus traditione: *à commodato*, in quo id quod conceditur gratuito utendum, remanet sub dominio commodantis. In *locatione* verò diversum videtur, cum & hæc ante traditionem consensu perficiatur, & pretium aut æquivalens pro usu rei intercedat, *l. 21. de ann. leg. l. 19. l. 20. de act. empt.* Videtur quod in ea *non conceditur usus pro unico pretio sed pro pensione successivè solvenda*; quæ non debetur tota statim ab initio sed successivè, *per partes ut per partes: successive etiam accipitur usus.* In emptione verò pactum fit de unico pretio, quod statim totum debetur, usus etiam accipitur simul una vice.

Differ. à loc. cond.

Verùm quod propius ad rem accedit, substantiale omni venditioni est quod consensus fiat de precio & merce, ut hæc tradatur i.e. dominium, quantum fieri potest, transferatur, *l. 11. §. 2. de act. empt.* At in locatione cond. est consensus de mercede & re, ut hac frui liceat, non verò ut & ejus dominium transferatur, *l. 80. §. f. h. t.* Atque hæc dependent ex intentione agentiũ, ex qua juxta principia humanarum actionum, contractus sunt æstimandi & discernendi, *text. eleg. l. 55. de O. & A.* Neque obest nunc, quod & in locat. cond. adsit semper usus emptio venditio. Hoc enim fit per consequentiam, exinde, quia de re (unde usus percipiendus) tradendâ (dominium transferendo) in loc. non agitur, *d. l. 80. §. f. h.* sed intenditur ut eâ relicta quoad proprietatem locatori, *l. 39. loc. cond.* uti frui saltem pro mercede conventa liceat.

Definitiones examinatæ,

Atque hinc etiam non à sequitur, quod venditio minus rectè dicatur rei pro pretio distractio, emptio vero rei pro pretio appropriatio, juxta Sotum *de I. & I. q. 2. n. 1.*

Soti Pinell.

Pinell. in *l. 2. C. de resc. vend. p. 1. c. 3. n. 28.* vel alienatio, quâ dominium rei soluto pretio transfertur, sec. Sylvestr. & Tabienam *v. emptio pr.*

Sylv. Tabien.

Consensu enim perficitur, pretio licet haud numerato, nec re tradita, nec dominio translato. Quia non est de ratione venditionis quod transferat dominium, *arg. l. 28. h. t.* sed quod sit *translativa dominii* vel proprietatis, *arg. l. 11. §. 2. de act. empt. l. 30. §. 1. cod. l. 188. de V. S.* pro pretio, quantum est ex parte contrahentium, licet per accidens, propter impotentiam sæpè non transferatur, *d. l. 11. §. 2. de act. empt.* Quò pertinet quod hic semper intendatur transferri dominium, quamvis effectus continuò haud sequatur, *d. l. 11. §. 2.* nec actualis translatio: secus est in eo tractatu, in quo intentio transferendæ proprietatis nulla habetur, *d. l. 80. § ult. h. t.* quos inter ibi & locatio refertur.

Molinæ.

Molinæ definitio, *disp. 336. tr. 2.* quod sit *contractus, qui consensu perficitur mercis pro pretio*; non discernit eum à locatione, in qua pro pretio datur usus rei locatæ, qui merx appellari potest, cum queat usufructuarius vendere usumfructum quem habet.

Aliæ veræ

Brevius dici potest, vel per *partes*, Venditio est *pactio mercis pro pretio*, & Emptio pactio *pretii pro merce*, ex *l. 1. §. 1. & seqq. h. t.* Vel ratione totius integralis, *contractus de re pro certò pretio tradenda.* Bachov. *in not.*

Adhuc alia examina.

Sunt qui probant hanc: *est emptio conventio nuda, quâ id agitur, ut rei tradendæ dominium in accipientem transeat, dato certo pretio.* Verùm nuda conventio non est quæ in proprium nomen transit, *l. 7. p. 1. de pact.* Sed quæ stat placiti fine, *l. 27. C. de loc. cond.* Conventiones nudæ non sunt contractus, neque contractus sunt conventiones nudæ. Equidem emptio nudâ voluntate contrahitur, *l. 1. §. 2. de rer. permut.* i.e. nudo, sive solo consensu. Neque enim opus est rem tradi ad hoc ut emptio contrahatur, ceu & reliqui consensuales contractus consensum desiderant non q. cæteri à voluntate contrahentium non dependeant, cum nullus esse queat sine consensu contractus, ut rectè Scharrockius *de offic. sec. jus nat. de fid. servand. p. 247.* Et dicitur consensu dolo contrahi emptionem ad differentiam permutationis cæterorumque realium contractuum, quæ nudâ voluntate non contrahuntur, sed traditione rei interveniente. Insuper non agitur in conventione emptionis (ceu f. dictum,) ut dominium rei tradendæ in accipientem transeat, sed ut res tradatur *l. 11. §. 2. de act. empt.* At qui tradit non semper dominium transfert. Ita Eumundus Merillius *3. obs. 28. & ad pr. & §. 1. I. h. t.*

Origo nummi.

N. II. *Electa igitur est materia*) Antiquis temporibus nulla erat emtio venditio; Si enim quis re aliqua indigebat, fiebat permutatio, v. c. frumenti pro calceo;

sicque

Neque utilia pro utilibus commutabantur, 1. *Pol. 6.* cum pecuniæ usus deesset; permutationibus commercia rerum exercebantur, ut Trojanis temporibus factitatum scribit Plin. *l.33.c.1.* vel utilia inutilibus, respectu alterius contrahentium qui dabat rem sibi inutilem pro altero, quâ indigebat, sibi utili. At verò maximè remotiores, non semper importabant illa quibus indigebant alii, sic, ut pro iis vicissim exportarent illa quibus alii abundabant. Justa etiam semper esse non potuit inter res simplices ad invicem æqualitas, quod una altera sæpè sit præstantior, unde difficilis redditur rerum permutatio. Hinc *gentium jure ceu ex pacto (s. ex transactione, ut loquitur alicubi Plato)* indigentiæ supplendæ inventus est nummi usus. 1. propter *facilitatem & commoditatem mercium deportandarum adjuvandam.* 2. *ad æstimandas merces*, seu ut esset medium legitimum, quo omnia quorum est permutatio, comparari inter se aliquo modo possint, ut sciri queat quantum valeant singula. Unde quia omnia metitur, nummus, medium ac mensura quodammodo efficitur, & indicit quod pluris est & quod minoris, *Arist. d. 1. Pol. 6. & 5. Eth. 8.* Materia autem ex auro & argento pretiosissimis rerum electa est, initio in definiendis rerum pretiis ad quantitatem ponderis appendi solitis. Cum vero ista dependendi ratio molestior esset, deinceps à cujusque Reip. Principibus excusi sunt nummi ad certum pondus definiti, certisque insigniti imaginibus. Utrumque enim ex jure positivo est, & nummus ipse, h. e. ejus inventio, & effigies s. signandæ monetæ consuetudo. Verùm ita, ut illa ex gentium jure planè, hæc verò exinde non nisi ut absolutè consideretur, relatè verò (ex se ad formam tantùm extrinsecam pertinens) & ratione certæ Reip. quæ hanc vel illam imaginem pro ut visum fuit, imposuit, juris sit civilis. Et hoc sensu nummi *forma publica* percussa dicitur *in l.1.§.1.h.t.* Hinc res invicem permutandæ *merx & pretium*, & permutatio earum, à forma conventionis *emtio venditio* nominari cœperunt, eod. gentium jure. Cujus usum fuisse Ebræis indicant textus Gen. 23. 17. Jerem. 32. 10 *cum seqq.* De Græcis testantur versus Homeri citati in *d. l. 1. h.* & Arist. *Oecon. 1. v. Hippia Atheniensis, 5. Eth. 5.* De gentibus aliis Stobæus *tit. de leg. b. ex Theophrasto.* De Romanis nulla dubitatio est. Adeoque *gentibus cultioribus permutatio nummi pro merce Venditio fuit, non permutatio.* Saltum quædam barbaræ, invento licet pecuniæ usu sed sibi in cognito, adhuc permutatione simplici commercia exercuerunt, ut Dalmatæ maritimi, de quibus Strabo *l. 7. Geogr.* Sarmatæ, juxta Pomp. Melam. 2. *de situ orb.* 1. Germani inferiores, sec. Tacit. *de moribus Germ.* Adde de Seribus, Colchis, Lapponibus, annotata Grotii *de I. p. & b. ad l. 2. c. 12. §. 3.* Illud hic observatu dignum, ex *l. 1. §. 1. h. an invento licet nummi usu, sine nummis possit dici venditio*, v. c. si togam dedi ut tunicam à te acciperem? Sabinus & Cassius putabant esse emt. vend quod necdum inventio nummo, emi poterat re alia quàm nummis 1. ex Homero 7. *Iliad.* ubi referuntur Græci vinum advectum ex Lemno sibi comparasse ferro, tergoribus, bobus, mancipiis; volunt enim *ὠνίζοντο* esse *οἶνον ἀγοράζειν*, vinum mercari. 2. ex aliis versib. *lib. 1. Odyss. πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν* emit possessionibus suis. Contra emptionem vendit. non esse, statuebant Nerva & Proculus 1. quod in dicto exemplo non sit distinctio inter pretium & mercem, inter venditorem & emptorem, ut in omni empt. vend. requiritur; neque enim togam, neque tunicam sive mercem sive pretium dici posse, neque utrum utriusque nomine appellari; quod ratio non patiatur ut una eademque res veneat & pretium sit, *l. 1. de rer. perm.* 2. juxta Paulum *in d. l. 1.* quod in empt. vend. venditor non cogatur rem facere emptoris, secus ac in permutatione, *d. l. 1. pr. & §. 3.* Nec non 3. quod empt. vend. perficiatur nudo consensu, permutatio non nisi rei interventu actuali, *l. 3. C. de rer. perm.* Crispin. *ad §. 2. I. h. t. D.* Bachov. *ad Tr. d. 28. th. 1. D. v. quod illa.* Quin 4. & aliis versibus ex Homero 6. Iliad. utebantur in *l. 1. h.* & in his verbo *ἀμείβειν*, quod denotat permutationem. Verùm apud Romanos prævaluit sententia negans Proculianorum ex constitut. Impp. Diocl. & Maxim. *l. pen. C. de rer. perm.* & Justiniani, *§. 2. I. h.* juxta *l. 5. §. 1. de præscr. verb.* Neque autoritas Poetarum hic magni momenti est, qui sæpè metro inservientes, verbis utuntur ambiguis, Bachov. *l. ad §. 2. h.* & simile habet Emund. Merill. 2. *observ. nr. 36. in fin.* add. Eundem *ad §. 2. h. t.* Magis pro Proculianis facit vox *hodie* in *d. l. 1. §. 1.* (sec. quam, ut matricem, intelligendus est §. 2. *I. eod.*) quæ sive restringatur, ut necesse est, ad Pauli (cujus *d. §. 1.* est) seculum III. post Salvat. natum, sive ad Sabinum & Cassium, Nervam & Proculum, qui vixere seculo I. verissimum est, emt. vend. apud gentes omnes tunc fuisse illam tantum, qua nummus definitus non modo certo pondere, sed & signatus pro merce dabatur. Neque poterat tunc, (datâ toga ut tunica redderetur) discerni quæ merx, quæ pretium h. e. nummus esset, nec qui venditor, qui emptor. Unde multò magis patet, quàm longè isthuc petita sint exempla ex Homero, qui ipse Sabino & Proculo antiquior totis septem seculis. Illa itaque diversa hinc Quæstio est, *an invento nummi usu unquam i. e. aliquo tempore, sine nummis facta dici possit venditio?* Quæ à priori in hoc differt, quod ad seculum quorundam JCtorum Romanorum, ut in *d. l. §. 1.* restricta non sit, sed indefinita. Et, si ante inventum nummum, pretium rerum æstimaverunt populi nonnulli *ære, auro, ferro non signato, aliquando & bobus, pellibus, sale*, non absurdum est dicere, & tunc fuisse empt. venditionem, quia pretium fuit & merx, & emptor atque venditor; modò quis eo animo ut venderet distraxerit, alter vero ut emeret, *arg. l. 55. de O. & A.* Nec officit *l. 1. h.* quasi olim nummus non fuerit, nec distincta merx & pretium, *junct. l. 1. de rer. perm.* Loquitur enim Paulus particulariter, non absolutè, sed quod non fuerit olim *ita* nummus ut est & fuit *nunc*, h. e. tempore Pauli, vel Sabini & Proculianorum. Olim enim ita non fuit distinctus nummus, nec ita merx aut pretium, quam tempore dicto, quo de sunt leges oppositæ: tunc enim isthæc fuerunt discretissima & notissima in vulgus. Ex quo enim nummus inventus, maximè ut signatus fuit, quod & Ægyptiis factum & Ebræis, seculò ante Christum Josephi XVII. *Gen. 42.* & Abrahami, XX. *Genes. 23. junct. Act. 7. 16. Lev. 25. Gen. 33. 19.* ubi Grot. *in annot.* non modo exactius sensim distinctum est inter pretium & mercem atque vend. & emptorem, sed & tandem desiit planè esse emptio, quæ olim ære plerumque non signato fiebat. Quod nunc quidem apud omnes in confesso est. Ratio horum solida dari potest, quod emt. venditio sit ex constituto s. inventum juris gentium positivi. Quare & si hodie populi quidam ad veterem modum ære non signato emant, vendant, id absurdum non fuerit, nec jur. naturali, quod, ut tale, conventionem ejusmodi ignorat, contrarium. Conferat cui volupe est, longè aliter hæc disputantem Claudium Salmasium *de usur. c. 13.* quem novissimè sequitur Dn. Vinn. *comm. I. ad §. 2. h.*

N. IV. *Partes*) Ita rectè vocantur *merx*, *pretium s. pecunia*, *& consensus.* Nec malè etiam tria essentialia, contrà quàm sentit Bachovius *in not. l. 72. h. t. l. si donationis C. eod. l. nec emtio ff. h. t. l. 8. eod. l. 36. eod.* Agitur enim hic non de emt. vend. absolutè & ratione generis, quomodo substantiam saltem in consensu habet, cum sit ex genere consensualium: sed de partibus ejus

Ex jure gent. — *Causæ duæ.* — *Ratio appendendi.* — *Effigies* — *Origo emt. vend.* — *Usus ap. gentes.* — *Apud Barb. permutatio post numm.* — *An sit emt. sine nummis? ex l. 1. h.* — *Negatur jur. Rom.* — *Rationes hujus sententiæ.* — *Quæstio eadem indefinitè concepta.* — *Partes essent. emt. vend.*

Ratio.

ejus constituentibus s. integrantibus, cujusmodi sunt præter *consensum, pretium* & *merx*. 1. quia sine his nulla emtio venditio, §.3.*I.h.* 2. consensus non solus est, sed rei & pretio involvitur, licet futuris. Et verò, ut in aliis rebus *substantia* & *natura* distinguitur: quomodo Isidorus *l.7.orig.c.4. verè*, ait, *substantia apud Græcos persona intelligitur, non natura*. Ita & in contractibus, qui suam habent substantiam & naturam: *d. l.*72. De *natura* empt. est Evictio (ex his quæ insunt naturaliter judicii hujus potestate, *l.11.pr.de act.empt.* ex cæteris vendit. *l.si duo §.si quis de pretur.*) item Duplæ cautio *l. quod sc. §.quia de ædil.ed.* Sunt etiam pacta contra naturam contractus, *l.7.§.2.de pact.* jung. Merill. *d.l.3.obs.23.* Pertinet verò huc elegans Quæstio, *an emptio vend. an vero permutatio sit pro alterius re vel nomine partim datâ pecuniâ, partim re alia?* Ubi spectandum inprimis quod actum fuit, *l.6.§.1.de act. empt.c.6.de rer.perm.* ubi autem hoc certò non constat, illud quod prævalet, *arg.l.10.de stat.hom.* Adeoque si pecunia ab altera parte data major est re, quæ additur, emptio contracta censetur, *Dd.comm.Schneidevvin.ad §.8.de empt.vend.* Si res est major, permutatio habetur, *l.54.de judic.* Ex eo enim quod majus reperitur, interpretatio sumitur, quia id rei principalis respectum habet, cui id quod minus est accedit & sequitur, Ant.Fab. *in Cod.l.4.t.40.def.1.* Ubi omnia sunt æqualia, permutatum magis quàm emptum venditum habetur. Vid. Dn. Mev. *p. 3. dec. 25.*

Alia ex substant. alia ex natura.

Q.

Distinctio emt.vend.

Unum commune genus) Distinctio emt.vendit. in scriptam & non scriptam manifestò ex accidenti est. Cæteroquin absolutè considerata sui naturâ alia est. 1. *quâ ab unoquoque emuntur ad familiæ sustentationem, necessaria, superflua verò venduntur*. Hæc *Naturalis* est & de se bona ac licita, juxta Aristot.1.*Pol.*1. Thom.2.2. *q.77.a.*4. quia ordinatur haud ad lucrum, sed ad congruam sustentationem, ad Oeconomos potius spectans quàm ad negociatores. 2. Alia est *Artificialis, quâ emitur, ut per industriam commutatum vendatur*. Quæ itidem, ex sententia Chrysostomi. *c. ejiciens.* 88. *dist.* merè negotiatoria non est, quod res sic empta per artem ac industriam melior reddatur, consideretur que ergo & vendatur ut opus proprium ipsius *Artificis*, puta si quis lanam emat, aut alio modo comparet, ut pannum inde conficiat vendendum, ut ferrum vel gladios, vendatque. Datur 3. alia adhuc, *qua res emitur, ut integra & non mutatâ carius cum lucro vendatur*. Descenduntque hæc ex principiis artis chræmatisticæ s. modis augendi rem familiarem, naturalibus, artificialibus & mixtis, juxta Arist. *d.loc.* Illa verò quam ultimo loco retuli, empt. venditio propriè dicitur *Negotiatio*, ex se neque virtus neque vitium, sed *indifferens*, text. eleg. *in c.fornicari c.quoniam* 88. *dist.* Eadem itaque si debitè fiat & ad bonum finem ordinetur *licita est & moraliter bona*; (1) quia *lucrum intendi potest vel ad sustentationem sui & familiæ, vel ad divitias, exercendi opera misericordiæ, liberalitatis & aliarum virtutum*. (2) *Mendacia, perjuria, deceptiones, vitia sunt negotiantium, non negationis, sec. Augustinum in c.quoniam* 88. *dist.* (3) *lucrum justè percipi potest ob laborem, industriam, periculum, ob temporum diversitatem, ex quibus pretia justa variantur; propter rerum abundantiam aut penuriam, multitudinem aut raritatem emptorum, & sic deinceps.* Sicque exercita emt.vend. societati civili *utilis est & necessaria* 1. quoniam *nulla provincia reb. omnibus abundat*, 2. *singuli negotiari nequeunt, quod vel aliis intenti, vel non idonei omnes, vel difficillimum foret si quisque sibi soli ex locis aliis necessaria afportaret.* 3. *Utile est res magna copia afferre, ut Resp. sufficiant & vend possint volentibus; tunc ubi quis opus habet* 4. *Agricolæ sæpè indigent pecunia ad fructus colligendos & aliis sibi necessariis, neque servare frumentum possunt in tempus penuriæ carius vendendum.* Adeoque hunc & similes contractus tueri Reip. incumbit, ut dissent Marcus Tullius *l.3.de offic. Horat. Leotard. tract. de usur. & contractib. usur. coercendis q.9. n.6. a. & q.24.n.1.* Contra mala redditur & *illicita* est emt.vend. negociatoria non tam per mercatorum perjuria, mendacia, quàm per excessum in pretio, & ratione subjecti, si negocietur clericus &c. *c.nulli dist.*49. secus ac jure civili *l.2.pr.C de Episc.& Cler.* periculosa etiam valdè *ratione finis proximi, qui est lucrari emendo vili & carè vendendo, attentâ hominum fragilitate pravaque machinatione*. Et huc pertinent dicta sacra *Psalm.70. Eccles.26. 27.1.Tim.6.* Vid. Filliuc. *tr.25.c.1.n.13.* Joh. de Lugo *d. disput.26.sect.3.* Cont.à Summenhard. *de contr. licit. & illic.quæst.50.51.52. & seqq.*

Quasi naturalis.

Artificialis.

Negotiatoria s. Mercatoria quæ Indifferens.

Quomodo bono moraliter.

Et util. Reip ac necessaria.

Coacta vend. an valeat.

Exceptiones.

N. V. *Consensu*) Huic cum repugnet vis, coactio & error, hinc ad vendendum nemo cogi potest, *l.11.C.h.l.16.C.de jur.delib. arg.l.70.de rei vend.* Exceptio est 1. nisi ex justa causa utilitatis vel necessitatis publicæ hoc exigat qui præest Reip. cui, juxta politica principia: ob *imperium eminens* jus est, vel pretium justum statuere ad vendendum locandumve: vel compellendi ad venditionem, v.c. si domus alicujus necessaria sit ad Regis palatium: ad Ecclesiam extruendam, cogi potest dominus ut justò pretio vendat, *arg.l.si locus §.f.quem.serv.am. l.si quis sepulchrum de relig.& sumpt.fun.* 2. Exceptio est in frumento tempore annonæ vendendo; ubi prohibere licet ne singuli plus emant quàm ipsis opus, ne pro aliis deficiat, *l.1.§.cura carnis de off.præf.urb.* 3. in domino nimium sævientem in servos, *§.f.de his qui sunt sui vel al.jur.l.2.ff. eod.* Quod ex Baldo ad dominos jurisdictionales extendit, *arg. l.un.C.si quac.præd.pot.* Johannes de Lugo *t.2.d.26.sect.3.n.12.* Add. Molin. *tr.2.d.*341. Schneidevvin. *ad §.f.I.h.t.n.7.* qui plures exceptiones habet. Ex eadem verò ratione propter relationem, nemo cogi potest ad emendum, *d.l.11.C.h.* Excipitur 1. hæres gravatus à testatore emere fundum legatario, favore ult. voluntatis, *l.66.de leg.*1. 2. qui emit partem fundi pro indiviso, *l.13.§.17.de act. empt.* 3. tempore annonæ quis compelli potest ad emendum frumentum reique alias necessarias, Schneidvv. *d.l.* Cæterum Error, quo de Autor hic, præcipuè circa rem est, vel circa personam, vel in pretio. *Circa rem* vel (1) in corpore rei s. reipsa, & emptio nulla est, *l.9.h. l.4. de leg.*1. Vel (2) in *materia* ex qua corpus, aliàs substantia (quod materia ex qua, pars sit essentiæ constitutiva) & itidem non valet, si in totum erretur & omnimodo, ut ubi æs venditum pro auro, *l.14.inf. d.l.9.§.2.* Idem est si mensa argento cooperta pro solidâ vendatur, *l.41.§.f.eod.d.l.9.§.2.* Secus si ex parte error sit, v.c. si vitiola vendita reperiatur magna ex parte ænea, *d.l.14.* ubi locus est actioni ex contr. si venditore sciente intersit emptoris ignorantis, *d. l. 9.§.2.arg.l.62.§.1.h.* si enim venditor justè ignoraverit, tenetur rei nomine, *l.45.eod.* aliàs etiam ad interesse, *l.21.§.2.de act.empt.* Dn. Frantz. *comm. h. n.* 52.53. Vel (3) in *materia qualitate*. & emptio nulla non est, *l.9.§.1.l.10.h.junct.l.15.§.1.d.l.45.eod.l.11.§.5.de act.emt.* Vel (4) in *accessionibus*, & emptio subsistit, *l.34.pr.h.* Error *in persona* emptionem nullam reddit indistinctè, *l.2.§.16.pro empt.l.9.pr. de hered. instit. 4. C.eod.* Idem in errore *circa pretium* obtinet *l.9.h.* nisi emptor asseretet minus fuisse, venditor verò majus, ubi valet venditio, staturque precio minori ut in locatione, *l.52.loc.cond.* Sed quæritur *si acetum pro vino vendatur, an valida sit venditio?* Distinguit Ulp. in *l.9.§.2.h.* vel *vinum acuit; vel ab initio acetum fuit*? priori casu, dicit, valet emtio, quod eadem prope

Coacta empt. non valet.

Excepc.

An erronea.

Q. de aceto pro vino vend.

pè *vel* fit, posteriori non valet, quia aliud pro alio venisse videtur. Gl. *ibid.* interpretatur *ab initio acetum* intelligi posse dupliciter. Et hanc sententiam rejectâ priori amplectitur Molina *d.340.n.15.* *Etenim*, inquiens, *acetum, si verè acetum sit, ejusdem speciei est, sive ex vino sive non ex vino principio fuerit genitum: quare, si quando fuit venditum, erat acetum, impertinens est, ut venditio sit invalida &c. Item essentia rerum indivisibili consistunt, quare quod à vini sit essentia, non tollit, quo minus diversa essentia sit. Adde neque humano commercio esse expediens, venditionem illam esse validam, neque cum rectâ ratione id consentire, quare dicendum est esse invalidam. Præcipuè cùm lex illa non sit positivum jus, intendens id statuere servandum, quicquid de natura rei sit, sed sit solùm placitum Ulpiani, proferentis quid de natura ipsa rei sentiat, quidve natura ipsa rei habeat, in quo facile decipi potuit.* Putat ergo non esse distinguendum inter acetum ex vino & aliunde, quæ videtur opinio Ulpiani, sed aceto vendito pro vino, indistinctè nullam esse venditionem ob errorem in materia, quodque aliud sit acetum & non acetum: Neque obest quod in corpus consentiatur ubi vinum acuit, unde videtur valere venditio, Gl. *in d.l.9.§.2.lit.O.* Hoc enim negandum est, quia venditum erat corpus quod vinum, non quod acetum. Differunt etiam hæc non modò quoad saporem, sed & quod illud calidum humidum; hoc frigidum & siccum. Unde & commodissimum est inflammationibus tollendis, ignibusque extinguendis, *Arist. in problem. sect.13. pr.* quod & asseritur disertè *in l.12.§.8. de instr. & instr. leg. l.3.§.5. de pen. leg.* & statuit Macrob. *l.7. Saturn. c.6.* Sennertus quoque *in Phys. pag. m.503* inquirens in naturam generum Lapathi, de oxali acetosa, concludit quod refrigeret & siccet. Diversus quidem est Arist. *in problem. sect.33.* statuens vim aceti esse excalefactoriam. Verùm dicendum videtur, quod in aceto illæ calidæ, leves & tenues partes quæ in vino dominantur, non amplius pristinâ sint virtute: adeoque calor ille quo maximè constitit vinum, non supersit in aceto, sive quod mutaverit naturam aut exhalaverit, ut vult Sennertus *l. de scorbut. c.2.* Sanè difficilis illa quæstio est qua de Clariss. Collega Contingius *in exercit. de ferment. ad c.3. p.583.* ego ait, ἐπέχειν malo, quàm alterutrum asserere: & *p.584.* id tamen omninò inquit, concedendum est, aliam longè esse rationem & alium gradum caloris in vino aliam in aceto, diversissimamque utriusque temperaturam. Cæterum quod acetum extinguat ignem atque ex consequenti refrigeret, facit non frigore suo, sed compressione & suffocatione. Theophrastus dicit ad ignis extinctionem efficacissimum esse *principii occursum*, hic vero contingere potest nunc suffocatione, nunc frigore contrario, nunc utroque. Et ergò etiam leges supra citatas intelligo, quod in igne extinguendo plurimum valeant quæcunque ad principium subito penetrare idque suffocare possunt. Addesis Anton. Gunth. Billich. *anat. fermentat. Platon. c.5. num.41.* Et ut tandem ad quæstionem initio propositam respondeamus, fortean interest inter *acetum ipsum ex vino, & vinum acidum*; nàm hoc vinum est, non illud, *l.6. pr. de peric. & comm. rei vend.* ita ut vino vendito, si acidum reperiatur, contractus non sit nullus, *arg. d. l.6.* Acetum ergo tempore contractus sive ex vino sit, sive aliunde, pro vino venditum, emptionem nullam facit.

Sententia Molinæ contra Ulpian. — *An acet. sit frigid. & sicc.* — *Diffic. quæst.* — *Vera sent. de quæst. propos.*

N. VII. *Circa omnes autem res*) Commodiùs hæc ita doceri possunt. Objectum emptionis venditionis sunt res omnes, quæ *haberi aut possideri* possunt *l.34.§.1.h.t.* (quia id agitur hoc contractu ut tradendo emptorem *habere* liceat, *l.11.§.2. de act. empt. junct. l.188. de V.S. & d.l.34.§.2.h.t.*) corporalis & incorporalis, universitas, res singulares. Unde arcentur quæ haberi, aut possideri nequeunt. Hoc autè fit (1) quod non sunt in *rerū naturâ*, neq; potentiâ neq; actu, *l.8.h.l.13. de act. empt.* Quod non *in commercio*, & vel Natura vel jure. Naturâ, ut liber homo, *l.34.§.2.h.* Exceptis casibus *§.4. I. de jur. Person. l.5. de statu homin. l. fin. C. de patent. qui lib. dist.* Jure, & quidem gentium arcentur hinc res communes & publicæ, *arg. §.1. & seqq. de rerum divis.* Jure civili verò res divini juris, *arg. §.7. & seqq. eod.* & res Universitatis; Quod verum saltim quoad obligationem primariam, non quoad secundariam; si enim quis nesciens, loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem scientem experietur, ut consequatur, quod interfuit, ne deciperetur, *l.62.§.1.h.t.* Exceptio quoque est in rebus sacris, quæ annexæ s. conjunctim vendi possunt, *c. cum secularum c. ex literis de jur. patr. l.62. de a.r.d.* Item in vasis, vestimentis sacris urgente necessitate, *l. sancimus C. de SS. Eccl.* (3) Quædam res licet sint in commercio, tamen vel *specialiter vendi*, vel in genere *alienari prohibentur*. Illiusmodi sunt Arma, quæ hostibus impetii non debent vendi, *l.2. C. quæ res export. non deb.* Frumentum exercitui missum, quod ab aliis emi nequit, *l. fin. C. quæ res vend. poss.* Venena *l.35.§.2.h.* Res litigiosæ *l. fin. C. de litigios.* Alienari prohibentur res pacto, lege, statuto, consuetudineve, ultima voluntate, *arg. l. fin. C. de reb. alien. non alien.* & tunc quoque esse prohibitam omnem emptionem venditionem, nullum est dubium. Q. Sed Quær. *an qui prohibitus est alienare, possit tamen donare ad pias causas?* Affirmant nonnulli, per *authent. Cassa. & l.1. C. de SS. Ecclesiis.* Alii rectiùs negant, (1) quod sic facilè fraus fiat legi aut homini prohibenti alienationem: (2) quod in illis bonis quæ prohibentur alienari, alter quoque habeat jus quæsitum. Vid. Matant. *tract. de multipl. alien. prob. n.291.* Ex prædictis autem patet (1) quod Autor *versic. Sed & si res.* inter res in commercio absurde referat res exstinctas, ut sunt domus exusta, equus mortuus. (2) Idem ad res futuras malè refert fructus futuros, ut capturam piscium sive jactum retium, quia hæc invicem opponuntur in *l.8. princ. & §.1.h.t.* de quibus Bachov. *in not.* (3) Quod ait de rebus litigiosis, commune est huic cum cæteris contractibus (4) Quomodo res alienæ possint venire in hunc contractum diximus. *sup. ad Tit. Commodat. n.4.*

Objecta empt. vend. — *Q.*

N. VIII. *Quicquid cohæret*) Juxta Physica principia. Hinc vendita gallina, ove, vacca, pullus jam exclusus non venit, quia amplius non cohæret, sed partus res facta nunc est aliqua separatim existens, Mindan. *de mandat. lib.3. c.21. n.29.* per *l.65.§. fin. l.81.§.4. de leg. 3. arg. l.3. de pecul.* Si adhuc sit in utero matris, ejus portio est, eidemque adhæret, *arg. l.1.§.1. de ventre inspiciend.* Dn. Coldebac. *de contract. disp. de Emt. Vend. th.6. lit. A.*

Cohærentia.

Quæ terra (Mit allem was Erd- und Nagelfest ist/ quæ terræ parietibus vel muris sunt affixa, instructa, vel adjecta: was angeschraubet / genagelt / gemauret und sonst befestiget/ membra enim hæc ædium videntur, *arg. l.36. & l.44. de Evictionib.* Ita responderunt Domini Antecessores Facultatis Juridicæ Henningo Brunstedt civi Osfeldensi, anno 1606. d. 29. febr. verbis: Das Hans Sturmeister / welcher euch das ewrem Schwähern Lorentz Hasselman anno 1596. verkaufftes Hauß einräumen / euch auch das mitverkauffte aber von ihm weggebrachtes Brawgeräthe/ und was dazu gehörig / zu gleich auch die abgerissene

De instrumentis braxat.

Schäpfe/so angefasset gewest/zu restituiren/ oder alles dessen wehrt zuentrichten/ wie den auch wegen versprochener aber nicht erfolgeter besserung der unterschwellen und fäche und daher verfallener Geberde veruhrsachten schaden zu erstatten und abzutragen schüldig sey. Demnach er sich dessen aber verweigert/ seit ihr die an dem Kauffgelde noch restirende 120. fl. so lang an euch zu halten wolbefugt/ biß ihr obgesatzter forderungen halber von dem vorberürten verkäuffer gänzlich befriedigt werdet. V.R.W. Ita & horreorum venditori dolia accedunt, *l.76.h.t.* Quod intelligendum de iis quæ more Romano defodi solebant in horreis seu cellis vinariis, quales & nunc in Gallia vastissimæ cuppæ inveniuntur, Autumn. *in cons. Gall.h.* Secus est in iis quæ loco moveri facilè & citra disjectionem possunt, adeoque & perpetui usus causâ ibi non sunt, *l.17.pr. & §.7.de act. empt.* De literis ad fundum pertinentibus idem dicendum, *l.6.§.pertinere, de ed.* De piscibus & aliis vide Observ. *ad tit.de rer.divis. n.4.* prædiis continentur, ubi habentur pro immobilibus. Thesaurum in domo venditâ inventum ab emtore, ad eundem pertinere rationis est (1) *per l.67.de rei vend.*) quod illud occupanti cedat quod nullius in dominio existit, *l.3.de a.r.d.junct.l.31.l.un.C.de thesaur.* (3) quod emptor eum in suo invenerit, *§.39.Instit.de rer.div.* quemadmodum pluribus latissimè probat Arumnæ. *decision. p.1. decis.1.* Equo vendito & sellam ac frenum venditum negat Mindan. *d.c.20.n.24. & 26.* nisi vendendi gratiâ ita instructus & ornatus sit equus, emptorique monstratus, *l.38.pr.de adil.edict.l.1.de instr. & instrum. legat.* Addesis de pertinentiis earumque jure Georg. Barschamp. *in rad.clausular.c.27.§.1.2.3.*

Doliis.

Literis piscibus.

Thesauro

Sella & freno equi.

Pertinentiis.

N. IX. *Mihi tamen placet*) Q. *an ab emtione perfecta cum arrharum dispendio liceat recedere?* Quòd rectè negatur, (1) per *l.3. & 6.C.de rescind.vendit.* (2) Quia datio arrharum accedit contractui ejus confirmandi causâ, ergo non potest sortiri effectum contrarium. Adversatur in primis *pr.I.h.t.* & *l.17.C.de fid. Instrum:* ad quos textus rectè respondet Autor, eos intelligendos de emtione non perfecta. Ab hac enim datis arrhis recedi posse jure civ. indubium est, quod ab eadem per se recedere queamus; cum rei needum perfectæ nec perfectus possit esse effectus. Emptor tamen tunc pœnitens arrham amittit, venditor verò duplam reddere tenetur, *d.l.17.C.de fid.instrum.* nec potest hic quid amplius peti, cum revocans contra contractum non agat. Jung. Bachov. *in not.h.* ubi pro conciliatione Autoris juvandâ ait, quod in *d.§.pr.* verbo *adimplere* abusus sit Imperator pro perficere, cum aliàs Impletio perfectionem præsupponat. Cæterum quod subjicit Wes. arrharum dationem esse *aliquem quasi contractum*, id verum est ubi arrha *emptioni nondum perfectæ* accessit; *arg.d.pr.I.h.t.* Datur enim tunc in argumentum deinceps perficiendi contractus, id est in Symbolum venditionis, in quod uterque contrahentium datione & acceptione arrhæ consentiunt. & quat. exinde tenentur iidem condictione ex lege, *arg.l.11.§.6.de act.empt.* Cæterum Joh. de Salas *de emt.vend.dub.66.* putat sic bona conscientiâ à cont. recedi non posse, licet in foro contrarium receptum sit. Quod sic intelligo, ut ex arrhæ datione sit obligatio contr. perficiendi jur. nat. si autem contrahentes deinde de merce & pretio justè convenire nequeant, tunc demum licitè recedi possit, sed dati redditione. Romana lex obligationi illi nat. non assistebat, sed permittebat resilire indistinctè, temeritatem tamen pœnitentis coercebat, quod signum est, ex arrhæ datione naturaliter obligationem existere. Ubi arrha *post contractum perfectum* accessit, ea non est quasi contractus, *arg.l.35.h.* quia contractus ex se suave perfectione jam subsistit, sed si loco arrhæ pecunia fuit numerata, ea pars pretii est, & in pretium computatur, *l.de lege l.ult.de leg.commiss. arg.l.2.C.quand.ab empt.lic.reced.* ideoque tum pœnitentia non habet locum. Indeque venditore pœnituro emptor non agit ad consequendam arrham, sed actione empti, ut alter præstet quæ eum ex venditione præstare oportet: quia à semel perfectâ emptione & dato pretio (cujus pars hic arrha est) nisi & consensu & retrotraditione contrariâ, non licet recedere. *l.1.C.quand.lic.ab empt.reced.* Quod si verò loco arrhæ datus est v.c. annulus, tunc nudo dissensu mutuo contrahentes recedere possunt, & repeti potest annulus ab emtore condictione sine causâ, neque hic locus est actioni ex empto, quia annulus datus non factus est pars pretii, ideoque res adhuc integra mansit, h.e. integra à traditione, *l.2.C.eod.ubi* Gl. & Gothofr. Fit ideoque repetitio annuli (propter consensum contrarium, & distractum) tantùm non & precii & mercis, quorum nihil datum erat. Cæterû hodie pertinent quoque ad accessoria hujus contractus (1) nummi bibales, Weinkauff. (2) Sanctus denarius der Gottespfenning/ (3) quod datur zum Angelde/ zum Ankauff oder Kauffschilling: Hæc verò omnia pœnitentiã excludunt. Bibales enim dari solent non ut arrha sed ut, qui præsentes sunt, recordari queant, ubi opus, contractum fuisse perfectum. Sanctus denarius itidem nota est contractus consensu celebrati, non arrha, quando eum non accipit venditor, sed pauperes. Illud denique quod datur zum Angelde loco pretii est, propterea que per istud, utpote re non amplius integra, etiam pœnitentia, quæ utriusque aliàs sit consensu, meritò excluditur. Vid. Besold. *Th.pract.v.* Weinkauff *n.37.*

Q. de arrha.

Quando sit contractus.

Quid de jur. nat.

Quid leg. Rom.

Quando non.

Arrhæ affinia alia.

Nummi bib. sanct. denar.

Atque hæc de arrhis *primâ editione horum Observ.* mihi, & recta proculdubio, sententia fuit. Vellicare verò eandem ausus est, tantùm non probris afficere Johannes Rebban. *in hodogeta juris pag.527. & seqq.* tribus locis.

Vindicantur prædicta de arrhis contra Rebhanium.

Primo *παρόραμα* mihi impingit, ac si Wesenbecium non rectè acceperim, dicentem, *arrharum dationem esse aliquem quasi contractum*, quando putaverim eum sentire quod sit improprius f. quasi contractus, ut hic accipitur *in tit.de obl.quæ q.ex contr.&c.* Ipse verò autumat arrharum dationem esse *verum & quasi per se subsistentem contractum.* Attamen & mihi & viatoribus juris, quos ducere amat, sic oppidò quàm injurius est Hodogeta. Quo de rectè asseruerim illud Juvenal. *Satyr.3.* Paulò mutatum: *Ille obiter legit, scripsitque, & dormiit intus.* Non erraverim quidem, si dixissem dationem arrharum esse impropriũ ejusmodi contractum, ut capitur *t.Inst.de obl. quæ q.ex contr. &c.* quæ Acutissimi Bachov. *ad Tr.p.1.d.28.th.8.* sententia est. Verùm nec illud mihi tunc in mentem venit, nec enim Wesenbecio sensum affinxi. Planè enim non immutatam ejus sententiam saltim ad certum casum, quo demum vera sit, (scil. ubi arrha perficiendo contractui adjicitur) restrictam volui. Qui autem hoc facit, ille idem prædicatum retinet: & diversum non statuit, sed juxta principia restrictivæ interpretationis, variat duntaxat subjectum. Igitur Autoris sententiam sic accepi, quod arrhæ datio sit quasi contractus *h.e. pro contractu, vice contractus*, & verus contractus non sit. Particula *quasi* enim non rarò vox est impropriètatis, fictionis, & abusionis, *l.14.§.1.de usufr. & usuc.* Quomodo res vendita dicitur quasi quod pignoris loco retineatur *l.13. §.8.offerri de act.empt.* quasi possessoris loco, qui usum cœnaculi accepit, *l.17.de donat.* quasi dos quæ à servo ancillæ datur, *l.39.de jur.dot.* cum enim matrimonium inter eos non consistat, nec dos esse intelligitur, *l.3.eod.§.12.de nupt.* Ita & arrha, ut pro re capitur quæ in aliquem confertur

I. Ostenditur arrham Autoris esse contractũ improprié loquendo.

Arrhæ datio est pro contractu, non est verus contractus.

confertur, pro pignore est, quo accipiens obligatur, *l. un. C. si rect. provinc.* Et arrhæ datio est quasi contractus, i. e. pro contractu, vice ejus, seu *contractus in impropria & latissima significatione*, ut contractus idem significat quod causa obligandi, *l. 20. de judic. l. 1. de leg. l. 52. de re judic.* & per metonomiam. Nam arrhale pactum vel datio arrhæ sunt modi, per quos perficitur actus quo in aliquos arrha confertur. Quodque hæc Autori nostro sententia sit, patet (1) ex citatâ ipsi *l. 3. C. de sponsal.* in qua arrham non accipit pro contractu sed pro re, manifestissimum est: (2) quod dicit dationem arrhæ operari actiones ad reddendum vel perdendum. Hæ enim distractum indicant, non contractum, ut infra clarius docebitur.

Cur non verus contractus sit.

Quamvis verò me non lateat, existere qui arrhæ dationem pro vero & per se existente contractu pronunciare non dubitant, præcipuè Baldum *in l. 2. C. quand. lic. ab emt. rec.* Joh. Sichard. *ad l. contractus de fid. instr.* qui habet pro nominato, Treutl. *loco suprad. lit. b.* cui est do ut des, vel facias, ex quo agatur condictione ob causam: ista tamen sententia omni planè fundamento destituitur, quum ipsis juris nostri principiis manifestissimè contrariatur. Et enim I. arrha non parit actionem personalem, sed tantùm præparat (promovet) (aliud enim est præparare, viam sternere, parare, aliud parere, *Cujac. 10. ob. 24. Gotofr. in l. 3. C. de act. empt.*) *l. 3. C. de act. empt.* v. c. actionem emti, ut empt. vend. eò firmior sit & facilius effectum habeat, *l. 35. de contr. empt.* II. Arrha vel rem denotat, ut *d. l. 2. C. si rect. provinc.* vel actum quo ea res in aliquem confertur, hicque actus perficitur vel per arrhale pactum, *d. l. 3.* vel per actualem arrhæ dationem, *l. 11. §. 6. de act. empt. l. contractus C. de fid. instr.* At neutro modo arrha est contractus. Eam, ut rem denotat, finiri per contractum, sanè per fuerit absurdum. Ubi arrhæ datio accipitur pro actu, per quem res in aliquem confertur, tunc nihilominus alius modus est per quem ille perficitur, alius ipse actus qui perficitur, ut aliud est res quæ fit, aliud modus per quem fit, utque transactio, quæ est decisio, differt à pacto & à datione actuali per quam perficitur. Idem obtinet in donatione, quæ est actus liberalitatis, & modò per tradition. modò per pactum, modo per contract. inter vivos, vel causâ mortis perficitur. III. Arrhæ datio ex se & sua natura haud producit obligation. ad agendum efficacem, quod consequens omni contractui, in quo ejus substantia collocata est, *arg. l. 7. §. 1. de pact. l. 5. §. 15. de præscr. verb.* Arrha verò ut actum denotat, est actio humana, quâ arrha bo in alium confertur, certam & specificam contrahendi formam non habens. Ut arrha est arrhale pactum, absurdè dicitur producere efficacem obligationem & actionem, contra principia civilia *l. 7. §. 4. de pact.* multoque minus nomen habebit. Ubi verò arrha denotat actualem arrhæ dationem, nomine iidem destituitur, quod datio sit species causæ, quæ nomini opponitur *in d. l. 7. §. 2. de pact.* Causa enim est datio vel factum, *d. l.* quod itaque datio est, non est nomen. Accedit, quod contractus qui nomen habet, actionem quoque producat nominatam, *d. l. 7. §. 1. de pact.* quod de arrhæ datione prædicari non potest, *per l. 11. §. 6. de action. empt.* Neque verò hæc datio (arrhæ) etiam causa est talis quæ contractum faciat innominatum, cum non fiat in eum finem ut iterum aliquid detur vel fiat, *d. l. 5. de præscr. verb.* (datur enim arrha in probationem, argumentum, firmamentum contractus, *expr. text. l. 35. de contr. empt.* inde etiam operatur præsumtionem negocii celebrati) nec producit præscriptis verbis actionem, *d. l. 5. de præscr. verb. l. 11. §. 6. de act. empt.* IV. Principiis humanæ actionis contrariatur, arrham dicere contractum; *arg. l. 55. de obl. & A.* quando per eam agitur hic, ut extet signum existentis (probatio) contractus cui arrha accessit, hicque sic præparetur, promoveatur, *arg. l. 3. C. de act. empt.* vel ut, si pœniteat accipientem (non promoventem contractum) is reddat duplum, perdat verò arrham & simplum ejus qui dedit, *d. l. 11. §. 6. de act. empt. l. 5. §. 13. de trib. act.* Hoc ipsum verò esse distrahere negocium, non contrahere, recta ratio dictat & *expr. text. in modo d. l. 11. §. 6.* constitutum habetur. Et qui ergo V. hoc negocium, quod parit actiones ex contractu haud orientes, (condictionem ob causam *tit. l. 11. §. 6.* condictionem ex lege *l. contractus C. de fid. instr.* actionem empti utilem, *d. l. 11. §. 6.*) verum dixerit contractum? Ob causam condictio, quoad simplum, naturalis est, fundata in justitia particulari, de reddendo alteri quod ejus est, *argument. l. 13. in f. commod.* ne contra moralia principia sit plus usurpator. Condictio quoq; ex lege non est ex contractu; cum propterea detur quod ea contractu actio deficiat, *l. un. de condict. ex leg.* Licet autem actio empti sit ex contractu, tamen distinguendum est inter negocium principale, (quod hic emptio) & accessorium, quod arrhæ datio, facta perfecto contractu. Actio empti oritur ex negocio principali emptionis, *l. 11. pr. eod. t.* non autem ex arrhæ datione, quæ naturâ suâ res diversa est ab emptione. Deinde actio empti utilis hic *in d. l. 11.* porrigitur quidem etiam ad distrahendum, ubi consensu partium discessum ab emptione, verùm planè extra ordinem, Juliano & Ulpiano disertè fatentibus, scil. ut emptor pro arrha repetenda (rescisso contractu) eò plures actiones habeat, *arg. §. 14. I. de act.* Atque exinde nunc liquidum existit, arrham & arrhæ dationem non esse verum contractum. Quomodò etiam rectè statuunt Martinus, Petrus, Jacob. de Ravenn. Nic. de Mathesilano, Cynus, Bart. *in l. contractus C. de fid. instr.* ubi autor additionum, *arrha*, dicit, *quidem est quædam causa, sed quæ causa non est propriè contractus nec pignus.* Dico ergo, arrham, ut pro re accipitur, nullo modo posse dici contractum. Sed res ob evidentiorem negocii gesti probationem data. Ut autem est actio qua arrha in aliquem confertur, itidem contractus non est, sed genus ejus *est actus.* Adeoque finiri potest *actus quo arrha datur, ut constet negocium esse celebratum, idque sic probetur, firmetur, promoveatur, l. 35. h. t.* Equidem pro Baldo cum ente *loc. s. cit.* ubi arrha datur, agi negocium do ut des vel facias, pugnare videtur, quod arrha detur vel contractui perficiendo, vel perfecto: illo casu esse do ut facias h. e. perficias contractum; perficere enim est facere (contrahere, vendere, *l. contractus de contrat. fur. pr. de empt. vend.*) altero casu subesse do ut des, h. e. ut tradas v. c. domum venditam, tradere enim hic est dare *l. 80. §. f. h. t.* & porro id longè clarius patere in annulo arrham dato perfecto contractu: Quod si itaque venditor nolit servare contractum, emptor possit agere vel ad contr. implendum, vel ad id quod dedit, reddendum: pro hoc verò ipsi competat condictio ex lege, sine causa, ob causam, quandoque & utilis empti, *d. l. 11. §. 6.* pro altero autem actio præscr. verbis; dedit enim ut alter faceret, vel daret, *l. 5. de præscr. verb.* Verum enim vero facilis responsio est: ubi agitur negocium do ut des, vel facias, ibi esse inn. contractum tunc, si vero & expresso consensu ac principaliter hoc actum est inter contrahentes; ita enim differunt innom. & improprii contractus, quod hi licet quoq; synallagma habeant, tamen non verum etiam sed fictum & præsumtum consensum *l. 13. in f. commod. l. 5. de præscr. verb. l. 7. §. 2. de pact.* At verò datur arrha ut negocium quod ortum est, evidentius probetur, *l. 35. h. t.* i. e. ut constet de pacto v. c. de venden-

Probatur 5. argum. I.

II.

III.

IV.

V.

Actio empti non oritur ex arrhæ dat.

Autores arrham non ess. ver. contr.

Arrha pro re acc. non est contr.

Nec ut est actio.

Finitio Autoris.

Resp. ad arg. Bald.

vendendo, vel contractu venditionis; tunc enim hoc negocium dicitur probatum, & evidentiùs, quia de arrha data constare potest ex facto permanente arrhæque ipsius exhibitione, per ocularem inspectionem, ad sensum, cum negocia quibus arrha accedere solet, nudo consenso fiant, ut sunt venditio, locatio, sponsalia, mandatum. Quod si nondum perfecto contractu quis agat propter arrham, ad implendum contr. & nolit venditor, tunc liberatur duplum dando, quia cum statim pœnitere licet, *l.17. C. de fid. instr.* non cogitur implere, sicque nulla ad implendum actio est; si enim arrha esset contractus, pœnitere non liceret. *l. sicut C. de O. & A.* Insuper Bald. quoque utitur hoc argumento: Ex quo negotio agitur condictione ob causam, illud est contr. innom. do ut facias, vel des, At ex arrhæ datione sic agitur, *l.11. §.6. de act. empt.* Sed respondetur ad majorem dupliciter. Primo negando: nam in dicto contractu innom. duo sunt negocia quæ necesse est concurrere ad illum constituendum innominatum, alterum quod expressè agitur, *l.5. de præscr. verb. l.7. §. 2. de pact.* alterum quod tacitè, scil. ut, si finis ob quem datur, non sequatur, liceat datum repetere, *d. l. 13. infr. commod. arg. l.65. §. 4. de cond. indeb. l.3. §.3. de cond. caus. dat.* At in arrhæ datione ista duo negocia non concurrunt, hic enim prius & principale negocium do ut des, facias, non adest, sed venditio, locatio, sponsalia, mandatum, quib. arrha accedit, sunt negocium principale, Et ex his dantur singulares actiones, non condictio ob causam, sed actio empt. vend, loc. cond. ex sponso &c. Posterioris generis negocium hic subest, nam datur arrha conditionaliter, ut reddatur, si pœniteat. Et inde oritur condictio ob causam *l.3. §.2. de cond. ob caus. d. l.11. §.6. de act. empt.* Secundò falsa quoque est major Baldi exinde, quia negocium, ex quo datur condictio ob causam, non est contr. innominatus do ut des, vel facias. Nam hic agitur ad distrahendum *d. l. 11. §.6.* at ex dictis inn. contr. ita agi non potest sed juxta naturam eorum *d. l. 5. §. 1. de præscript. verb.* ad implendum.

II. Defenditur, sanctum denarium non esse arrham.

Secundò opinatur Hodogeta, me non rectè dixisse nummum dari solitum in emptione vendit. vulgò Gottespfenning/ non esse arrham, & addit me quidem hoc monere, sed non docere. Verùm ipsemet prodit ita quod non inspexit Besoldum thes. pract. mihi citatum, qui hoc disertè tradit, statuitque distinguendum inter arrham quæ datur quidem ad probandum contractum, sed ut tamen liceat pœnitere, & inter alia quæ dantur in testimonium celebrati contractus; cujusmodi sunt & nummi, ut vocantur, bibales, der Weinkauff/ qui non habent vim arrhæ, sed ideo dantur, ut hi qui præsentes fuerunt & biberunt, hoc recordentur, & ubi opus, celebrati contractus testes existant. Tale quid etiam est sanctus denarius, asserente iterum Besoldo *d. l.* Rationem quidem in Observ. non adjeci, quia ea lippis & tonsoribus nota est. Olim ex pietate conveniri solebat ot à contrahent. contractu perfecto (ædium, prædii) aliquid in res sacras vel pauperes erogaretur, pio zelo, ut contractus faustus feliaque procederet. Nunc illud subinde fit quoque, etiam inferiori Saxonia. Attamen hoc non est arrha, quæ datur ita ut pœnitere & danti repetere liceat, & confertur in alterum contrahentium, sed sanctus denarius, qui in pauperes vel domesticos erogatur ab emptore, & nunquam repetitur. Atque ita mecum statuit Ulric. Zas. *l.2. sing. resp. 24. n.5.* & Dn. Mev. *comm. ad jus Lubecc. p.3. t.6. n.11.* Falluntur ergo quicunque & sanctum denarium illum arrhæ nomine venire volunt, ut meminit facere Heringium & Oldendorpium, quos incautè secutus est Rebhanius. Subinde quoque uxori aut filiabus in instrumento empt. vend. donum promitti solet, eine Verehrung; quod itidem arrham vocare velle æquè absurdum fuerit. *Vid. Mev. d. l.*

III. arrham non esse pro contractu, ubi illo perfecto additur.

Tertium & ultimum quod Hodogetæ notam censoriam subiit est, quod dicat, *arrham tum demum esse pro contractu, si nondum perfectæ venditioni accedat, non autem si perfectæ.* Ipse putat 1. arrhæ dationem indistinctè esse verum contractum, sive perficiendo sive perfecto contractui accedat. 2. me pejus hic agere quam in priori; quod ubi capiti mederi debuissem, distinctione mea reduviam curaverim. Verùm quod primo loco asserit, falsissimum esse supra sic satis evictum est, neque capiti Autoris hic medendum, sunt helleboro nullo indigentis sed idem mecum statuentis. Quod verò attinet meam distinctionem, illa in isto Welenbecii sensu verissima est. Ubi enim arrha datur contractu perficiendo, tunc demum est q. pro contractu h. e. causa inducendæ obligationis; nam confertur tunc in illum finem, ut contractus principalis, cujus perficiendi ratione q. pignus acceptum fuit, promoveatur, *arg. l.3. C. de act. empt.* sub conditione arrharum perdendarum: exempla sunt *in pr. de empt. vend. l. contractus C. de fide instr.* Ubi verò arrha adjicitur contractui perfecto, tunc *vel numerata pecunia* datur loco arrhæ, *vel res alia*, ut annulus: & hoc utroque casu arrha nullo modo est contractus (in latissima & impropria significatione) 1. quia ubi data est in numeratâ pecuniâ, resolvitur in pretium, & in id imputatur, adeoque fit pars empt. vendit. substantialis, *l. 2. C. quand. lic. ab empt. vend. & l. ult. de leg. commiss.* Si itaque venditor accepit talem arrham, tenetur ad servandum contractum & implendum, quia eam accepit ut precii partem. Adeoque non potest pœnitere invito emptore, nec hic potest, invito altero, *d. l. 2.* Ubi ergo non est causa inducendæ obligationis, ibi nec est contractus, (ut impropriè capitur,) ceu supra, monuimus. At ubi perfecto contractu data est arrha in pecunia numerata, non est causa inducendæ ex illa datione obligationis. E. Minor probatur, quia tunc non licet pœnitere, altero invito, sed adest actio empti contra venditorem, ut eleganter asseritur *in d. l. 2.* nec est obligatio ad arrham reddendam, qualis est, ubi adjicitur arrha contractui perficiendo. Venditor namque si velit pœnitere, rectè excipit emptor: tu arrham in pecunia ut partem precii accepisti, ergo teneris implere, & propter *l.5. C. de O. & A.* Nec relevat venditionem, si vellet reddere arrham duplicatam, *d. l. 2.* Eadem ratione nec emptor rectè pœnitet: tum quia contractus perfectus est, ex quo agitur ad implendum, *d. l. 2.* tum quia emptor datione arrhæ in partem precii se obligavit ad implendum. Neque est dubium; arrham datam hic perfecto contractu esse loco precii, si id hoc actum est, juxta principia agentium, & ergo tunc servatur id quod obtinet ubi res non est integra, Gl. *in d. l. 2. ad verb. recuperare. Wesemb. h. n. in f.* Quod autem idem locum habeat, si modò *in pecunia* arrha detur, & tunc quoque in partem precii imputetur, hoc probatur præcipuè per duos textus; *d. l. 2. C. quand. lic. ab empt. vend. & l. ult. de leg. commiss.* adeoque Cæsareo nostro jure extra controversiam est: *Bartazol. tr. clausf. 31. gl. 8.* D. Mev. *ad jus Lubecc. p. 3. t. 6. a. 6. n. 2. Gl. §. loc.* Ostendit hoc quoque Cujac. 11. *obs. 17.* ex Isidoro inquiente: *arrha complenda non auferenda est*, (quamvis moribus hodiernis non fiat arrhæ ut rei pecuniariæ computatio, sed ultra precium solvitur & retinetur, nisi aliter conventum fuerit, Mev. *d. art. n. 5*) Perfecto namque contractu quo ad obligationem seu perfectionem primam, per se res amplius nō est integra. E. ab eo abire alter altero invito

An arrha perfecto contr. sit pars precii Dist.

non

non potest, *l. 5. C. de O. & A.* sed demum mutuo dissensu *l. 11. §. 6. de act. empt.* Cum autem tunc arrhæ amplius non sit effectus, in partem pretii illa data censetur, & in illud degenerat & computanda est, *d. l. 5. de leg. comm.* ne eam alter cum alt. damno lucretur. Besold. *d. voc.* Haffigeld / *in thes. pr. in f.* Sichard. *ad l. 1. C. quand. lic. ab empt. rec.* Merill. *ad §. 1. de empt. vend.* Dn. Brunnemann. *in d. l. 2. & Dd. comm.* Diff. Dn. Lauterbach *tract. de arrhis 122. & seqq.* Denique ubi perfecto contractu datur arrha in alia re quàm pecunia num. ut in annulo, *juxta l. un. C. si rect. prov. l. 11. §. 6. de act. empt. l. 5. §. 13. de instit. act.* tunc arrha non resolvitur in partem pretii, quia certa non est harum rerum æstimatio, ut fungi nequeant statim vice pecuniæ numeratæ. Et tunc tamen arrha data non potest dici contractus vel quasi; quia non est modus seu causa inducendæ obligationis, quod perfecto contractu nulla sit obligatio ex arrhæ datione ad contractum revocandum & arrham reddendam. Licet enim venditor offerat annulos duos pro uno, obstat ipsi tamen exceptio contractus implendi, *d. l. 2. & l. 5. C. de O. & A.* Idem est in emptore pœnituro & venditurо annulum, invito venditore. Neque arrha ut firmamentum contractus, vel infirmare eum, vel impedire potest, quin ad id, quod præter arrhas inest contractui, rectè agatur, *arg. l. 1. l. prædia. C. de act. empt.* & nunquam ea vis accessorio competit, ut principalem convellat contractum, *l. 4. §. 4. de re jud. Donell. comm. l. in f.* Attamen utroque consentiente à perfecto contractu recedi potest. Et tunc arrhæ quidem redduntur ob contractum resolutum: at non ex prima datione (quæ tantùm facta ut probatio esset contractus perfecti, *l. 31. h.*) verùm ex pacto contrario liberatorio, scil. ex distractu, *l. 1. quand. lic. ab empt. rec.* ideoque tunc distinguendum, vel res adhuc est integra) nihil datum ex pretio vel merce & nudo consensu negotium dissolvitur, & arrha exinde repetitur; vel res non est integra, & tunc & utrinque pretium & merx, unà & arrha redduntur, *l. 2. d. l. conf. Cyn. d. l. contractus n. 11.* Odofr. *n. 2. C. de fid. instr.* D. Carpzov. *p. 2. c. 35. d. 14.*

De cætero nunc judicent quicunque juris scientes sine affectu, an rectè dicam mihi scripsent Hodogeta, ipsius ne an Wesenbec. caput curandum fuerit.

Quomodo perficiatur emt. vend.

N. X. *Perficitur autem emptio*) Perfectio hæc duplex dici potest, (1) quæ tendit *ad vim obligandi*: (2) quæ ad *executioně facti*. Illa propriè dicitur talis, & parit obligationě rem tradendi, hæc verò impropriè perfectio vocatur, rectiùs *implementum s. impletio*, & operatur jus in re. Ut autem cognosci possit, quæ ad perfectionem emptionis venditionis requirantur, distinguendum est inter puram & non puram. Illa consensu de pretio & merce perficitur, *§. 3. I. h. t.* Hæc est, cui vel conditio vel dies adjecta. Conditionalis venditio tum demum perfecta est, si conditio sit impleta, ideoque tamdiu etiam suspensa est obligatio rem tradendi, *l. 7. h. t.* Hujusmodi est (1) si res sub certâ conditione, expressâ vel tacitâ, vendantur, *l. 37. h. t.* (2) Si res, quæ pondere, numero, aut mensura constant, vendantur ad certam quantitatem; videtur enim & hic subesse tacita conditio, si res admensæ, adpensæ, vel adnumeratæ sint, *l. 35. §. 5. & seqq. h.* (numero autem dicuntur hic constare plura corpora simul vendita, quod aliàs extra materiam hanc solet prædicari de pecunia numerata, Bachov. *in not.*) Secus itaque est ubi res ejusmodi per aversionem sunt emptæ, Uber hauffe oder ins Maß / h. e. quasi ab averso quodammodo emptæ, uno pretio, re omni neque perfectâ neque exploratâ satis. Hoc enim caso perfectus statim est contractus consensu habito de pretio & merce; cessat enim hic tacita conditio, *d. § 5.* Indeque hoc casu commodum & periculum rei ita emptæ statim ad emptorem pertinet, secus ac priori, quo est venditoris, usque dum emptio venditio impletâ conditione perficiatur. (3) Exemplum est, si pecunia ad arbitrium tertii conferatur, *l. 5. C. h. t. §. 1. I. eod.* Porrò ubi dies adjecta est emptioni venditioni, non suspenditur propterea obligatio, quia dies non impedit nativitatem obligationis, *l. cedere 213. de V. S.* sed traditionem & implementum contractus. Ideoque ejusmodi emptio venditio interposito consensu de pretio & merce statim perficitur. Junge Bachov. *in n. h.* ubi hæc uberiùs exponit. Addi (4) potest, si contrahatur non perfectam fore empt. vend. donec in scripturam redacta sit, antequam itaque pœnitentiæ locus est, *l. 17. C. de fid. instr. pr. I. h.* Vid. Cothm. 4 *resp.* 18. Dn. Frantzk. *comm. h. n. 28. & mult. seqq.* Denique subjici ad hunc locum meretur, quod alia quoque sit venditio, quæ fit communi modo, alia pluribus emptoribus concurrentibus per *Auctionem*. Hæcque nihil aliud est quàm *venditio, qua palam, prædicante præcone, res venalis exponitur, vel proscripta addicitur illi qui vicerit.* Vestigia fiscalis auctionis habentur in *t. C. de fid. & jur. hast. fisc. l. 16. C. de rescind. vend.* nec non de eo, ubi decreto judicum pignora vendebantur, *l. 3. C. de exec. rei jud.* Alia publica est, alia privata quibus de egregium tractatum conscripsit Anton. Matthæi. In Belgio illæ valdè usitatæ sunt, in Germania autem non, quod sciam, nisi publicam intelligas, quæ Lubecæ, Hamburgi, Bremæ & in similibus emporiis usque usurpatur. In hac Julia tamen concessu magistratus Academici publica auctio instituta fuit insignium quorundam librorum incompactorum ex officina Janseniorum, primùm anno 1657. Kalendis Junii. Cæterùm juxta Ebræos in his longè aliud juris fuit. Quamvis enim ex lege sacra non liceat intelligere, quomodò perfectus fuerit hic contractus; & per sit obscurum, quod ex Ruth. 47. habetur de calceo, quem extrahebat redemptor in commutationis firmitatem, tamen q. per manus traditum est, sæculis sequentibus perfectum fuisse hunc contractum *demum traditione interveniente.* Intererat verò inter res mobiles & immobiles. Illarum emptio venditio perficiebatur 1. *prehensione*, quâ sustolleretur, gestaturve. 2. *tractu, abactu*, aut *ductu*, ubi res commodè gestari aut sustolli nequiret; vel 3. *traditione* in specie sic dicta, ubi ejusmodi esset, ut nec trahi posset, nec abigi, nec duci, atque sic in possessionem emptor ex venditoris voluntate deveniret. Venditio immobilium perfecta erat, ubi emptor eam acquisivisset, aut *nummis* datis, minimùm argenteo seu siclo, aut *syngraphæ testimonio*, aut *corporali possessione*. Hinc re taliter (verè scil. vel imaginariè) non traditâ, consensu licet habito de pretio & merce, pretio quoque ipso numerato, tam venditori, quàm emptori integrum erat à contractu recedere. Idemque & in permutationibus & donationibus solenne erat. Et strictè hæc observabantur, vel ne alterutri contrahentium sine corporali possessione voluntate alienantis factâ, ex nuda & remerari, ut sæpè fieri amat, verborum emissione jus esset, vel quod hoc maximè conveniebat isti Reip. in qua ob restrictas alienationes immobilium ad Jubilæum usque, istarum etiam oportuit esse parcissimos. Videsis Grot. *in annotat. de i. b. & p. ad l. 2. c. 12. §. 3.* imprimis Joh. Selden. *de jur. nat. gent. juxt. discipl. Ebræor. l. 6. c. 5.* & *de success. ad Leg. Hebræ. in bon. defunct. in proleg.* ac de fructuum venditionibus *Lev. 25.* Atheniensibus quoque idem ferè jus fuit; fiebat enim vera emtio vend. cum pretium statim numerabatur (adeò ut fide de eo habita ex contractu actio non esset) & tradebatur merx eodem momento à venditore, ex Cha-

Ad Pura.

Non pura.

Per aversionem.

Per auctionem.

Lege Ebræorum perficitur traditione.

Ut & donatio, permutatio.

Et Græcorum.

rondæ legibus. In immobilibus 1. opus erat *proclamatione*, ut sciretur an libera essent, vel consanguinitatis ratio habenda. 2. ut *coram magistratu* fieret vend. 3. *jurabant contrahentes* se bona fide agere omnia. 4. posthæc *centesimam partem pretii deponebant in curia*, emptorque dabat venditori artham, non pro parte pretii, sed in symbolum contractus celebrati, cui arrhæ dationi inerat promissio, in sequentem diem, aut paulò post pretium numeratum iri. 5. talis contractus *inscribebatur* λεξιαρχικῷ h.e. albo civitatis, ex legibus Thuriorum. Vid. Athenæ. *lib.* 5. Stob. *de legib. ex Theophrasto, sermone* 4. *vers. sunt qui.* Romanis, ut dictum, perficiebatur hic contractus consensu; quo ideoque dominium non transferebatur, sed jus ad rem, ut notatum *supra*. Contra quod Hugo Grot. *cap.* 12. §. 51. statuit esse commentum juris civilis, censens etiam sine traditione, ipso contractus momento hic transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum, juxtà illud Senecæ *de benef.* 5. 10. venditio *alienatio est, & res sua jurisque sua in alium translatio.* Cui & opitulari videtur Arist. 1. *Rhet.* 5. dicens, quod emptio sit alienatio. Verùm num hæc magis conveniant juri naturali, ac jus Romanum, meritò in dubium vocaveris 1. quia, ut ipsa emptio indifferens est, ita & hoc, maximè quoad speciem actus, an nudo consensu dominium hic transferri debeat, an traditione; jus enim naturale talia ignorat. 2. cultiores populi, Ebræi, Græci, Quirites, placitum Grotii non amplexi sunt, sed traditione demum dominium hic translatum voluerunt, quæ ideoque dicitur juri naturali conveniens in §. 41 *d. I rer. div.* 3. imò plurimis sancitum, venditorem dominum esse rei debere, donec emptor eam acceperit, testis est Theophrastus apud Stobæum, citatus ipsi Grotio, *d. vers. ins.* Taceo summas difficultates inde in Rep. exorituras, si nudâ verborum emissione dominium continuò transferretur, quæ sic, maximè possessione acquisitâ, difficillimè corriguntur. Et Aristoteli emptio alienatio est vel ex lege Græcorum, quâ fiebat semper cum traditione; quæ & sine dubio mens Senecæ fuit, contra morem cultioribus populis receptum, alioquin non probanda: Vel πρᾶσις h. e. emptio, est modus alienandi principalis, lucrativus, per metonymiam, quat. intercedit traditio, rectius enim dicitur contractus. 5. *Eth.* 5. Quin nec Aristot. nec Seneca excludunt in definitionibus suis traditionem, neque consensu nudo hic transferri dominium verbo meminerunt. Proindè ut aliàs, ita & hic omne valet ex constituto s. positione. Unde hodie multis in locis statuta vigent, ut venditiones, immobilium inprimis, fiant coram magistratu, etiam ne perfectæ sint, nisi judicialis *traditio & cessio* intervenerit, die gerichtliche auflaß: und verschreibung. De primo genere videatur Constitutio Ducalis Wolferbytana. *supra tit. de pact. n.* 4. *ad verb. tertiò à forma.* Pro altero communiter citari solet jus Saxonicum; quod verò sine ratione fieri, & textibus juris ejusdem probari non posse, exactissimè demonstravit nuper Dn. Frantzk. 2. *var. resol. jur.* 12. Add. Heig. *quæst. Sax. p.* 2. *q.* 18. *n.* 18. Eademque ratio est statuti Lubecensis *lib.* 3. *art.* 1. & Lunæburgici *p.* 2. *tit.* 2. *&* 3. requirentium judicialem resignationem vel traditionem saltim pro contractus confirmatione. Unde Dn. Mevius *comm. jur. Lubec. ad d. art.* 1. *n.* 7. verè ait, *insanum multorum esse errorem, quasi cessione solenni nondum factâ licitum sit à semel placitis recedere*, ubi & multos dictæ resignationis effectus recenset *n.* 8. *& seqq.* Cui sententiæ confirmandæ quoque calculum nostrum adjecimus in Collegio Juridico a. 1649. d. 15. ad requisitionem Tutorum L.G.M. verbis: daß *statutum Luneburgense p.* 2. *t.* 2. *&* 3. von der aufflassunge/ *h. e. cessione, resignatione vel traditione rei venditæ judiciali*, will sich dießfalls *ex jure Saxonico præcisè* dahin nicht *interpretiren* lassen/ ob gehörte dieselb *ad perfectionem contractus primam, ita, ut sine ea dominium non transferatur; juxta Heig. p.* 2. *qu.* 18. *n.* 18. *Ideoque quod dicitur in ill. stat. t.* 2. so darff man solchen kauff vor einen volkommen kauff nicht halten/ *intelligendum est de perfectione empt. vend. secunda, s. implemento & confirmatione.* Cæterùm si de bonis feudalibus agatur, aliud dicendum est.

Alter Romanus.

Jur. nat. h. non transfertur dominium, statim ad consensum, contra Grot.

Venditio immobil. passim fit coram magistratu.

N. XII. *Effectus*) Præcipuus emptionis venditionis effectus, est *obligatio bilatera*, sive quâ uterque & emptor & venditor ad rem præstandam adstringuntur. Illius *ad pretium* obligatio est, quæ rectè dicitur *dandi*; quod emptor præcisè pecuniæ dominium transferre teneatur scil. dominum facere accipientem, *l.* 11. §. 2. *de Act. Empt.* Cujus tamen ratio non illa, quod pecuniæ alius non sit usus, nisi in abusu & consumptione; potest enim dari & consumi etiam quæ aliena, & aliquando acquiri per solam mixturam, *l.* 75. *de solut. l.* 81. *de jure dot. l.* 47. §. 1. *mandat.* Sed vel hæc causa esse potest, quod emptor quoad pretium sit debitor generis, indeque dominum nummorum teneatur facere venditorem, sec. Bachov. *in not. h.* ubi p. 359. lineâ primâ pro venditor legendum est debitor; Vel ratio est, quod hoc in venditore (ne scilicet is præcisè teneatur transferre dominium) sit receptum propter summam hujus contractus utilitatem & frequentiam, sec. Timæ. Fabr. *diss. anniversar. ad Inst.* 24. *th.* 3. *lit. A.* Contra hic, seu venditur *ad mercem præstandam* obligatur, quæ obligatio tria continet (1) *ut res tradatur*, (2) *ut dominium transferatur.* (3) *vacua possessio.* Hinc enascuntur tres diversæ quæstiones, quas Wesenbec. hoc loco malè cumulat. De (1) *an venditor præcisè teneatur tradere, agetur infra de act. empt. n.* 3. Secunda huc pertinet, *an debeat transferre dominium?* Semper enim inter ementes vendentes id agitur, ut dominium transferatur, *l.* 80. §. *fin. h. t.* & obligatio quâ adstringitur venditor, magis dandi est, quam faciendi, *l.* 11. §. 2. *de act. emp.* Quia tamen eadem & de faciendo participat, dum sufficit præstare habere licere, *l.* 30. §. 4. *eod. l.* 187. *de V.S.* hinc dominium tum demum transfertur à venditore, si dominus fuerit, *d. l.* 11. §. 2. *de act. empt.* nec qui tradit, semper dominium transfert, *l.* 20. *de a. v. d.* in traditione consideramus factum, *l. consilio.* §. *ult. de curat. fur. & effectum, l.* 4. *de usur. l.* 28. *de V. O.* Merill. 3. *obs.* 28. Hinc ex Bart. Schneidvvinus *ad* §. *Actionum n.* 89. *inde Act.* refert hanc obligationem non esse dandi neque faciendi simpliciter, sed *participem*, & medium tenere inter illas. Tertia Q. est *an venditor vacuam possessionem transferre teneatur*, quam itidem rectè affirmat Wesenb. per *cit. l.* 2. *&* 3. *de Act. Empt. l.* 8. *C. eod.* nec obstat *l.* 75. §. 7. *de V. O. ubi Gyph.* Dicitur autem possessio vacua, (1) à possessione impropriè dicta, h.e. à simplici detentione, ut depositarii, commodatarii; (2) à possessione vera, quæ est cum animo domini. (3) à possessione tali, quæ alio jure habetur atque officere emptori potest, *d.* 2. §. 1. *& l.* 2. *de act. empt.* Prima non impedit traditionem rei venditæ dominiique & possessionis translationem, quia hæc, detinente licet altero, sunt penes verum dominum, qui ideoq. & tradere rem suam & tradendo jura sua transferre potest. Secunda & tertia obstant huic contractui. Ideoque venditor tenetur sic tradere, ut res libera scil. vacua sit ab istiusmodi possessionibus, *d. l.* 3. *&* §. 1. *de Act. Empt. l.* 18. *de vi & vi arm. l.* 14. *&* 15. *de jure dotium, Godde. ad l.* 188. *princ. de V. S.* Diss. Donell. 4. *comm.* 19. (1) præcipuè per §. 41. *Inst. de rer. div. ubi ad dominium traditione transferendum, nihil amplius requiritur, quàm voluntas domini rem suam in alium transferre volentis, & justa traditionis causa:* (2) per legem

Obligatio duplex hic Emptoris ad pretium dandi.

Obligatio Venditoris ad mercem cujus 3. partes. 1. De traditione. 2. De translatione dominii.

3. Vacuæ Possessionis.

16 de

16. de fund. dot. in qua mulier fundum, quem alter bonâ fide possederat, & cum propè usuceperat, marito in dotem dedit, & sic dominium absque vacua possessionis traditione transtulit. Verùm ad §. 41. responderi potest, ibi non excludi vacuam possessionem, (1) quia traditio, quæ ibi requiritur, nihil aliud est, quàm datio possessionis vacuæ, *arg. l. 2. §. 1. & l. 3. de Act. Empt.* & traditum nihil intelligitur, ubi possessio retinetur, *l. 16. de peric. & commod. rei venditæ*, (2) quia & qui fundum dari stipulatur (nequis in emptione singulare putet cum Donello) vacuam possessionem tradi oportere, stipulari dicitur *d. l. 1. §. 1. de actione empti. Tim. Fab. anniversf. disp. 14. thes. 11. l. C.* Quin in hoc contr. adeò requiritur vacuæ possessionis traditio, ut prætendens se rem emisse, negante alteto, præter numerationem pretii, probare quoq; teneatur in vacuam se missum esse possessionem, text. *exp. in l. 12. C. de distract. pign.* Accedit quod venditor non modò dominium transferre debeat, aut potestatem usucapiendi, sed & præstare, habere licere, hoc est, ut possit emptor re venditâ liberè uti, *arg. l. 188. de verb. sig.* In lege verò *16. de fund. dot.* verba *dedit in dotem*, non significant, *tradidit in dotem*, sed *destinavit seu promisit. arg. l. 14. & 15. eod. tit.* vel nomen in dotem dedit; *arg. l. 8. de cond. caus. dat.* Vid Bachov. *ad Tr. 2. d. 20. th. 4.* D. Goehaus. *in jur. publ. & priv. peric. 6. q. 35.* Lyclam. 7. *membr. eclog. 24.* Dn. Frantzkius. *exerc. 11. quæst. 2. & ibid. addit.* Timæ. Fab. *d. l.* Joh. Franc. Balthas. *t. 6. resol. Bavar. 3. n. 5.* Diss. Dn. Brunneman. *ad l. 8. C. de act. empt. & l. 12. C. de prob.*

Pretium quod

Item si contra pretium solutum sit) Justitia hujus contractus maximè æstimatur ex pretio, ejusque æqualitate. De hoc itaque II. notanda, quid sit & quale. Est nihil aliud quàm pecunia numerata, §. 2. *I. h.* quâ res æstimantur, *l. 16. §. f. de pignor. l. 21. C. de jur. dot.* Vid. not. *supr. ad n. 2.* Qualitas in eo est (1) ut sit justum, (2) certum, (3) verum.

Justum

Justum dicitur, quod merci æquivalens; s. proportionatum, juxtà Aristot. *5. Eth. 7.* Quod tamen haud ita intelligendum, ac requiratur illa proportio *omninò & simpliciter*, sed secundùm naturam & conditionem humanam, *civiliter*, & *ἐμπορικῶς* s. negotiativè; ita, ut licet res aliquantò cariùs vel vilius, quàm reverà valet, vendatur, vel ematur, contractus tamen ex hoc non sit irritus, sed valeat, jure gent. quidem indistinctè (*vid. Notat. 1. ad t. de resc. vend. n. 9.* at jure Romano Codicis usque ad læsionem in dimidio, *arg. l. 2. C. de resc. vend.*) quomodò intelligendi *l. 22. § ult. loc. l. 13. §. pen. de minor. N. 9. c. 1.* Nam lex civilis non assistit hactenus juri naturali (non dans eundè actionem) sed tolerat & permittit ejusmodi læsionem (ad dimidium) ob innumeras lites evitandas, quæ aliàs passim emergerent.

An licita sit læsio in hoc contractu jure pos. vel nat.

Proindè abstracto jure positivo, lædens obligatur ad restitutionem; Sive (1) læsio facta sit utroque contrahentium ignorante, propter naturam justitiæ, quæ requirit æqualitatem, *d. 5. Eth. 7.* Sive (2) alteruter ignoret; & sic enim à regulis justitiæ receditur: Sive (3) sciat uterque, quod & tunc inæqualitas haud nesciatur. Quæcunque enim læsio, maximè gravis, scienter vel à resciente facta, peccatum est, & operatur obligationem restituendi, juxtà Thomam & Theol. Scholasticos communiter, per *1. ad Thessal. 4. 6. l. jure naturæ, de R. I. c. hoc jus. 16. q. 2. arg. l. 6. §. 2. de jur. dot. l. 3. C. comm. utr. jud.* & quod, sicut ubi læsio existit ultra dimidium, obligatio est ad restitutionem, ita idem fit in læsione infra dimidium, cum magis & minus non varient speciem; quando in contrahendo id utrinque propositum aut fuit, aut esse debuit, ut uterque tantundem haberent: quodque lex positiva hoc non immutaverit, sed saltim concesserit actionem, si læsio dimidium excedat, jus cæteroquin relinquens. Accedit, quod ubi dolus circa substantialia, quale hic & pretium, emptio jure nat. haud valeat, juxta Observ. *ad tit. de dol. mal. pr.* Ideoque, quod est in *d. l. 16. §. 3. de min. l. 22. §. f. locat.* licere contrahentib. se circumvenire naturaliter, intelligendum, *licere*, h. e. permissum esse, *naturaliter*, non jure naturæ, ut malè Accurs. *in d. §. 3.* sed *jure gentium* & societatis civilis atque commerciorum, scil. moribus. Ita ut communis valor semper non sit attendendus: Neque lex potest dare jus & transferre dominium, quoad excessum illum, sicut in præscriptione quoad rem alienam. Cessant enim hic rationes, quæ sunt in præscriptione, negligentia dominorum, & dominiorum incertitudo. Neque etiam est quod contrahentes consentire videantur, *arg. l. 8. C. de resc. vend.* quia voluntarium hic est mixtum cum involuntario, quando contrahens vel ex ignorantia valoris justi, vel quia vendere, emere aliter non potest, cogitur involuntariè in pretium injustum consentire. Excipitur, si læsio fiat dolo malo contrahentis, tunc enim non modò jure nat. sed & Cæsareo regressus datur contra decipientem, sive læsio sit infra dimidium, sive ultra, *l. 13. §. 4. & 5. l. 43. de act. empt. arg. l. 1. §. persuadere de serv. corr. l. 7. §. si quis. de dol. mal. l. 1. locat. l. universarum, de rer. perm.* Dissent. Dd. variè, *alii* putant lædentem intra dimidium non peccare, neque teneri ad restitutionem, propter textus juris Cæsarei suprà citatos: *alii* sic adstringi quidem, sed haud peccare *aliter* Covarr. *2. var. res. 2. n. 1.* à quo *adhuc* diversus est Dn. Frantzk. *comm. h. n. 226. & seqq.* & Mæstert. *de justit leg. Rom. l. 2. dubit. 28.* Videtis Joh. de Salas *de empt. vend. dubit. 29.* Grot. *de j. b. & p. l. 2. c. 12. §. 12.* Molin. *tr. 2. disp. 350.*

Quid justum pretium.

Cæterùm justum pretium porrò dicitur dupliciter 1. *Legitimum s. legale*, quod à superiore statutum est, consideratâ rei qualitate ac circumstantiis aliis ponderatis. 2. *Vulgare, naturale.* scil. fori, quod constitutum juxta communem hominum æstimationem, *arg. l. pretia, ad L. Falcid.* de quibus latè Salas *d. tr. dub. 8. & seqq.*

Pretium certum.

Pretium *certum* est, quod ad certam qualitatem definitum s. determinatum, & vel *simpliciter*, vel *per relationem ad aliud*; sed quoad quantitatem antea determinatam usulocove, *l. 7. §. 1. l. 37. h.* (quibus non obstat *l. 34. §. 4. & l. 30. §. pen. l. 71. de leg. 1.* ad quas respondet Bachov. *ad Tr. d. d. 28. th. 6. D.*) vel ad arbitrium tertii expresè nominati, *§. 1. I. l. ult. C. eod.*

Interdum minoris habitum.

Ubi notandum, quod tamen, ratione oneris annexi (ut de retro vendendo, ob vicinum contentiosum, quod venditori locari debeat, ob servitutes) res minoris æstimetur, *l. 1. §. si hæres. ad Sen. Treb. l. l. 75. l. 79. h. t. l. si sterilis. §. si tib fundum. de act. empt. l. quod sæpè inf. h. 1,* Franc. Zoannett. *de empt. sub pact. retrov. n. 49.* vid. Dissert. de Æstimatione *th. 132.* Föller. *de censib. §. dum modò. n. 15.*) Hincque est, quod onus dicitur pars pretii esse, *d. l. 79.* Joh. Kœppen *dec. 44. n. 27.*

Verum.

Denique pretium *verum* requiritur, h. e. non simulatum & imaginarium, unde emptio dicis saltem causâ nulla est, v. c. ubi pretium quidem in speciem definitur, sed donationis causâ non exigitur, *l. 54. de O. & A. junct. l. 55. h. l. 36. l. 38. eod.* Ejusdem farinæ est emptio uno nummo, qui in jure pretium non est, *l. 46. locat.* Add. Dn. Frantzk. *n. 218. & seqq.* & *exerc. 11. q. 3.*

Sine pretii solutione hic non transfertur dominium.

Cæteroqui non videtur) Hæc enim est differentia inter emt. vend. & alios contractus, in quibus intercedente traditione dominium transfertur, §. 42. *Inst. de rer. divis.* Hi enim ad hunc effectum requirunt saltem. (1) Voluntatem domini, quæ includit facultatem tradentis, ut scil. sit dominus, vel aliàs potestatem tradendi habeat, *arg. l. 20. pr. & §. 1. de acquir. rer. dom.* (2) Rem corporalem (3) causam dominii translativam, & (4) vacuam possessionem (quamvis tria velit sufficere Tim. Fab. *d. loc.* requisitionem

rei

rei corporalis omittens. Illa autem insuper quintò & specialiter requirit pretii solutionem, *d.* §. 42. quia hæc est mens contrahentium, ut statim pretium pro merce accipiant, *unde sub tacita hac conditione semper contractum intelligitur, atque l.8. de reb. cred. l. 3. de pignor. act.* Ubi itaque res tradita pretio non soluto, nec possessio nec dominium translatum intelligitur. Excipitur (1) nisi alio modo satisfaciat emptor pretii nomine, vel (2) venditor de eo fidem habeat. Illud fit si volente venditore emtor expromissorem det, pignus, fidejussorem, aut alio modo satisfaciat. In altero Romani diversi fuerunt à Græcis, præsentem pecuniam requirentibus, ut dictum *supr. n.* 10. Fides autem nostro jure habetur, juxta Schneidvv. *ad d.* §. 42. *n.* 1. dupliciter, (1) quando venditor certum terminum statuit solutioni, daß die Kauffgelder auff termine oder Tagzeiten sollen erleget werden. *arg. l.* 1. *C. de pact. inter empt. & vend. compos.* (2) si rem simpliciter tradat emtori, quod tum, ceu in casu dubio, videatur sequi fidem emptoris. Unde idem *d. loc.* porrò distinguit, *an venditor permiserit rem exportari, non misso nuntio cum re*; an verò *non permiserit, vel nuntium una miserit*, ita ut priori casu videatur fidem emptoris sequi & transferre in eum dominium, non verò casu posteriori. Quamvis autem existimet Autor hic *vers. quod si.* ex simplici traditione merces præsumi fidem habitam, & sequatur Bachov. *in not.* contrarium tamen verius est, ut rectè Joh. Fab. & noster Wesenb. *ad* §. 42. *Inst. de rer. div.* per dictum textum; *quod vendita res & tradita emptori acquirantur non aliter, quam si is pretium solverit, aliove modo satisfecerit, vel venditor ipsi fidem de pretio habuerit.* Nec officit, quod secundum Aut. *hic, eo ipso dum simpliciter tradit venditor, intelligatur fidem de pretio habere*; Quia licet tradat, nisi prædicta intervenerint, dominium non transfertur, *dicto* §. 42. At negatâ translatione dominii re simpliciter traditâ, negatur etiam tradendo fuisse fidem habitam; cum negato consequente, negetur etiam necessariò antecedens: &, si simpliciter tradendo fides censeretur habita, malè negasset Imp. *in d.* §. ex simplici traditione dominium transferri, cum aliàs positâ causâ, & effectum poni necesse sit, §. 41. *eod.* Multò minus contrariatur quod Bachov. *in not.* vult, *in dubio de pretio fidem habitam, & dominium translatum censeri ex conditione hujus contractus, qui sit modus & titulus transferendi dominii.* Quippe conditio hujus contractus *specialis* est, & *definita*, scil. quod traditione licet interveniente, tamen non transferatur dominium, nisi fide habitâ &c. ergò id ex sola traditione hic argui planè non potest, sed excipienti, quod traditio sit actus dominii translativus, rectè replicabitur hoc verum esse regulariter, hic verò requiri præterea ut pretium solutum aut satisfactum, fidesve sit habita. Quemadmodum itaque ex simplici traditione rei extra hanc causam censetur translatum dominium, ita in hoc contractu ex eadem id translatum non censetur: & conditio illa, *si modo pretium sit solutum,* non excluditur traditione, sed ex natura hujus contractus includitur: potestque ea censeri facta animo implendi contractum, sed ut dixi, *sub tacita illa conditione.* Ut itaque aliàs cui tradita res ex justa causa, pro se habet præsumtionem juris translati dominii, unde alter tenetur probare contrarium: ita hic venditor mercem licet à se traditâ præsumptionem juris pro se habet dominii haud translati, *d.* §. 42. Ideoque emptori incumbit probatio fidei habitæ, in facto consistentis. *arg. l.* 16. *C. de prob. d.* 10. *C. de non num. pec.* Atque hæc sententia etiam est Bachovii *in comm. Inst. ad d.* §. 42. *verb. quam si is emptori*, ubi subjicit, Wesenbecium *ad illum* §. contrariam sententiam non immeritò in dubium vocare. Mirum proinde est, qua ratione hic in notis ejusdem Bachovii diversum habeatur. Cæterùm hinc multò magis concluditur, mandatarium haud posse habere fidem de pretio, nisi hoc disertè probaverit. Vid. Mantic. *de tac. & amb. conv. lib.* 4. *t.* 21. *n.* 6.

Except.

Quom. fides habeatur de pretio.

Non id intelligitur ex traditione insecuta.

N. XIV. *Ut dominium transferatur*) Non vera hæc nota est, sed ut diximus *supr. ad n.* 4. tunc empt. vend. est ubi de pretio & merce consensum, ut hæc tradatur i. e. dominium, quat. fieri potest, transferatur: Nam præcisa dominii translatio non est de substantia hujus contractus. Contra ubi consensum de merce & re, ut hac frui liceat, ibi locatio est conductio, *l.* 8. §. 2. *f. h. junct. l.* 11. §. *de action. empt.* Cæterùm pertinet quoque huc Q. *si quis de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua prædiis alicujus præstare promiserit, & deinde fundum vendiderit, an emptor ad præstationem frumenti teneatur*? Negatur hoc *in l. f.* §. *ult. h. t.* quod actio personalis ex empto fundi possessorem non sequatur, *l.* 1. §. 16. *ad Sen. Treb.* Sed Q. an hypotheca, per verba *de & ex* fundo meo solvere promitto, constituta censeatur? Negat hoc Klock. *tom.* 2. *cons.* 40. Secus est si sermo sit de contractu redituum aut censitico: add. Guid. Pap. *q.* 42. Mornac. & Autumn. *in d. l. ult.* §. *f.* Grœnvvegen *ibid.* Nec officere videtur *l. f. C. quæ res pig. obl.* ibi enim per *rerum ad me pertinentium exactionem* satisfactio, non *de* vel *ex re* solutio erat promissa: illa verò rem ipsam non possunt afficere, quæ ad exigendum, satisfaciendumque supponitur: at de vel ex re sua potest debitor præstare frumenta vel usuras, etiamsi illa res non sit hypothecæ supposita.

Q. ex l. f. h. t.

TITULUS II.

De in diem addictione.

1\. *Continuatio: & quid sit addictio.*

ET hæc quidem in genere de Emptione & Venditione, nunc quædam specialius exequamur. Ac quia pactis hunc contractum variari paulò antè judicatum est, ideò videamus de duabus pactionibus, quæ frequenter addi solent: videlicet de In diem addictione, & Lege commissoria. Addicere, secundum Festum, est idem dicere: ut prætor exequendo & approbando, ac eandem quasi, quam judex datus ante tulerat, sententiam dicendo, rem addicit ei secundum quem fuit pronunciatum. Hoc verbum post translatum est ad Auctiones publicas, ubi pluribus ementibus non statim perficitur venditio, sed post certum tempus, puta 30. dierum, addicitur illi qui plus licitatus est: *L.* 4. *& tot. tit. C. de fid. instr. & jure hast. fiscal. lib.* 10. Nam licitatores ex sua oblatione singuli obligantur, nisi alius quispiam post meliorem conditionem attulerit. *Bart. in l. locatio.* 9. *num.* 4. *de publican.* Ea res postea a publicis hastis ad venditiones privatas traducta est, cum ita res venditur, ut non statim addicatur, sed serventur futuris licitatoribus certum tempus, ut meliorem conditionem offerre possint. Ita venditio quidem statim contrahitur, sed addictio fit in diem: hoc est, differtur ad certum tempus rei datio, ut interea meliorem conditionem alius offerat. Addicere enim etiam Dare significat. *Cujac. lib. obs.* 4. *c.* 15.

2\. *Quomodo contrahatur in diem addictio.*

In diem addictio ita fit: Ille fundus esto tibi centum emptus, nisi quis intra Calendas Jan. proximas meliorem conditionem fecerit, id est, attulerit, quo res à Domino, videlicet emptore abeat, *l.* 1. *h. t.*

3\. *Vis, & effectus hujus conventionis.*

Hæc venditio pura est, nisi aliud sit actum, quæ resolvitur sub conditione, Ubi melior in diem conditio allata est. Unde omne periculum, lucrum & damnum interea temporis ad emptorem, utpote dominum, *l.* 1. *verb. res à domino abeat hoc tit.* pertinet, *l.* 2. *&* 3. *hoc tit.* una cum fructibus, siquidem pura fuerit venditio, *l.* 2. *&* 4. *hoc tit.* quod saltem verum est, quoties non

offertur melior conditio, nam eâ ablatâ, rescinditur prior venditio, eoque & fructus venditori refundendi sunt, *l. item. 6 l. Imperator. 26. h. t.* tanquam rescisso contractu. *l. illud. 19. §. de in diem adict.* etiam nunc cum emptor meliorem allatam conditionem ipse acceptat & implet, excluso offerente. Intelligitur enim a primâ emptione, recessum, & contracta nova, *l. ab emptione de pact.* cum pretium aliud, nempe Oblatum majus intervenitat: *l. jurisgent. 7. §. adeò de pac.* unde fructus ex priore emptione quæ nulla est, deberi & retineri ab emptore non possunt *d. l. item. 6.* Ut nec pecunia ejusque fructus à venditore *gl. ind. l. 6. verb. venditori.*

4. *Quando dicatur*

Melior autem conditio afferri videtur, si vel pretio fit additum, vel solutio facilior aut maturior, vel quid utilius venditori afferatur. *l. 4. §. fi. cum ll. seqq. h. t.* Licet autem venditori, meliore allatâ conditione, addicere posteriori, nisi paratus sit plus adjicere prior: hoc est, plus quam ante obtulit, nempe tantundem quantum nunc ab alio offertur: quod ut facere possit, necesse habebit venditor priorem emptorem facere certiorem, ut si quis alius adjecerit, ipse quoque adjicere, & licitando vincere possit. *l. item. §. fin. cum 2. ll. seqq. h. t.*

Melior conditio adferri.

Idque obtinet, cum revera offertur melior conditio, non quando per simulationem emptor subjicitur. *l. ubi autem. 4. §. cum igitur. h. t. Ias. in l. quis Roma § cohaeroides nu. 27. de verb. obligat. & in l. fin. nu. 22. C. de jur. emphyt.*

5. *Quid sit addicere, unde hæc conventio nomen habet.*

OBSERVATA.

In diem addictio, Pura,

N. II. *In diem addictio*) Inprimis ad hunc titulum notandum, quot modis fiat addictio. Contrahitur illa vel purè, vel sub conditione, *l. 2. prin. h. t.* Illo modo: *res tibi esto. X. empta, nisi intra decem dies melior conditio fit allata, d. l. 2. vers. nam siquidem.* Hoc modo sic: *si intra X. dies nemo attulerit meliorem conditionem, res tibi pro X. empta erit, & perficietur contractus, d. l. 2. vers. sin autem hoc actum est.* Neque obstat, quod & priori casu adjecta sit conditio. Nam conditio alia est *resolutiva*, alia *suspensiva*; Si illa adjecta contractui, dicitur is magis sub conditione resolvi, quàm sub conditione contrahi, quia exitu est conditionalis, initio pura. Sin hæc, contractus ab initio est conditionalis, & perficitur demum existente conditione. Vid. Gothofr. *in d. l. 2 lit. H.* Bachov. *in not.* Gl. *in d. l. 2.*

Conditionalis.

Effectus puræ in diem addictionis.

N. III. *Unde omne periculum*) Rectè distinguit Author quoad effectum in diem addictionis, inter puram addictionem & conditionalem, seu in specie sic dictam. Illius effectus est quadruplex, (1) *in actionibus empti.* quibus qui contraxit emptor interea experiri potest, (2) *in fructibus* & accessionibus lucrandis, (3) in *usucapione* rei, & (4) in periculo ejusdem sustinendo, *d. l. 2. §. h. t.* De hac eadem verò pura addictione minus rectè dicit Autor eam rescindi oblatâ meliori conditione, rectiùs posuisset *resolvi*; nam oblatâ conditione meliori, retrò nihil actum fuisse intelligitur, & emptio pro nulla habetur. Resolvitur autem prior emptio, *etiamsi res sit tradita*, quamvis nullâ intercedente retrotraditione. Et eidem porrò consequens est, (1) Quod venditor emptori pretium refundere teneatur, *arg. l. 6. h. t.* item meliorationes, sive impensas necessarias *l. 16. eod.* (2) Quod emptor teneatur fructus restituere, quos usque ad resolutum contractum percepit, *dd. ll. f. de jur. fisc.* Idque verum est non modò, si tertius meliorem fecerit conditionem, sed & ut ipse emptor, per *text. in dict. l. 6. §. 1. h. t.* neque enim hoc casu emptio continuata videtur, ut censet Bachov. *in not. quod oblatio, quae. non habuit effectum, pro nulla habeatur*: Nam conditione allatâ meliori, ipsa resolvitur. *h. l. 2. ibi. quæ sub conditione resolvitur. h. t.* At ubi emptor ipse tantundem solvit quantum tertius, melior conditio allata est. E. Ratio rationis elegans illa est, quam Autor suppeditat, *quod dum recessum ab emptione constituto novo pretio, novus etiam sit celebratus contractus, l. 88. d. pact. l. 72. de contrah. empt.* Repetit autem fructus perceptos venditor per condictionem sine causâ: Verùm illud quæritur, quosnam fructus emptor restituere teneatur? Equidem sunt qui putant nullos omninò restituendos, quod fructus, quos percepit nondum resoluto contractu, interim suos fecerit, *l. 2. §. f. h. l. 2. §. 4. pro empt.* Sed rectiùs dicitur omnes perceptos & exstantes & consumptos restituendos esse, per *l. 4. §. 4. h. l. 6. & 16. eod.* ubi in genere fit mentio perceptorum. Neque officit, quod b. f. possessor fructus exstantes irrevocabiliter suos faciat, *l. 22. C. de de R. V.* Respondetur enim (1) resoluto contractu nec amplius esse emptorem & venditorem, ideoque ut merx est restituenda, ita & accessiones ejus. (2) quemadmodum purè facta initio emptio continet, quod emptor possit fructus & accessiones lucrari, ita tacitè quoque actum intelligitur, quod annullato contractu & accessiones sint restituendæ, petique possint actione personali ex contractu, *arg. d. l. 2. §. f. h. t.* ne alter cum alterius damno, contra moralia principia locupletior evadat. Videsis Coras. *3. misc. 9. n. 4.* & de tota materia latissimè agentem Manticam. *d. l. 4. t. 27.*

Q. Si emptor ipse resolvat.

Quos fructus restituat emptor.

Effectus resolutæ in diem addictionis.

TITULUS III.

De lege commissoria.

SED & lege Commissoria venditiones celebrari solent; hoc est, ut nisi intra certum diem pretium exolvatur, inempta res fiat, *l. 4. h. t. Paul. lib. 2. tit. 13. ubi Cujac. l. si hominem. 19. de usucap.* quod pactum vocatur Lex, nam pacta leges sunt contractuum, *l. 1. §. si convenerat depositi. l. contractus. 23. de regul. jur. l. jurisgent. 7. §. adeo de pact.* & quidem Commissoria: quia nisi solutio ad diem fiat, propter moram & commissum res habetur pro inempta. Cum igitur lege commissoriâ venditur, magis est ut sub conditione Resolvi contractus, quam sub conditione contrahi videatur. *l. 1. h. t.* Committitur autem, si emptor, quamvis non interpellatus, pretium suâ die non afferat *l. 4. § fin. h. t.* Dies enim interpellat pro homine *l. magnam. C. de contrah. stipul.* nisi emptor justas causas probare possit, quibus impeditus sit in explicanda ad diem solutione. Porrò commissa pactione, est in potestate venditoris, utrum legem Commissoriam exercere, an pretium petere velit. *d. l. 4. §. eleganter.* nam in ejus commodum & favorem hæc pactio additur *l. 2. & 3. h. t.* cui renunciare non potest. *l. pen. de pact.* Altera tamen via electa, amplius variare nequit: *d. §. eleganter. & l. penultim hoc. tit.* quia electione jus quæritur emptori, quod variatione venditoris interverti illi nequit: *l. apud Aufidium. de optio. legat.* Commissoria autem electa, emptor restituere fundum, utpote jam inemptum, cogitur: amittitque quod arrhæ aut alio nomine, puta pretii, dedit, *l sed, etsi 25. in princ. de petit hered.* idque in pœnam moræ, & propter verisimilem contrahentium voluntatem, nisi aliud actum appareat. *l. lege. 5. in princ. d. l. 4. §. sed quod. h. t.* Quod iniquum videri non debet, cum econtrario emptor fructus interea perceptos hoc casu lucretur: *d. l. 4. §. 1.* alias non lucraturus utpote resolutâ emptione, ut supra dictum est *ad titul. praeced.* Nam quando emptor non amittit pretii partem, tunc nunquam lucratur fructus, rescissa ob non solutum integre pretium venditione, *Bald. in l. si fundus 4. hoc titulo.*

OB-

OBSERVATA.

Effectus adjecti pacti commissorii.

N. I. *Committetur autem*) Ubi sub lege commissoria celebratus est hic contractus, emptor, ut aliàs, simplici empt. venditione perfectâ, & actionem empti habet, & fructuum emolumentum, idemque periculum sustinet, *arg. l. 4. §. 1. l. 3. 6. h. arg. l. 2. §. 1. tit. praeced.* pactum enim hic adjectum non conditionalem, sed puram facit venditionem. Ubi autem committitur emt. vend. h. e. emptor pretium haud offert, potest *res* vendita repeti, vel actione venditi, vel rei vindicatione, *l. 4. C. de pact. inter empt. & vendit. compos.* quia resoluto contractu dominium ipso jure ad venditorem revertitur citra retrotraditionem, *arg. l. 3. 4. 5. & l. fin. h. t. Fructus* quoque restituere tenetur emptor, si nihil pretii solvit, quando enim aliquid dedit, fructus perceptos, si velit, lucrari potest, & concedere, ut venditor pro illis partem pretii retineat, *l. 4. §. 1. h. t.* quae *l.* ideoq; sine dubio ita intelligenda, modò emptor etiam fructus perceperit, & illi pretio dato sint aequales. Vid. Gothofred. *in d. l. 4. §. 1. & Bachov. in not.* Maestert. *de leg. commissor. q. 4.* Mantic. *d. l. 4. t. 28. q. 4.*

TITULUS IV. C. 4. 39.

De haereditate vel actione vendita.

1. *Continuatio.*

SUprà dictum est, jura quoque incorporalia, ut sunt Haereditas & actiones vendi posse, sed quia in harum rerum venditione quaedam sunt Singularia, de illis est dicendum.

2. *Singulare in hac venditione primum, quod necessum sit mortuum esse, de cujus rebus haereditariis agitur.*

Atque in primis, si haereditas vaeneat, necessum est mortuum esse eum de cujus haereditate agitur, alioqui nulla erit venditio: quia in rerum natura non sit, quod vaeneriit. *l. 1. h. t.* Haereditas enim viventis nulla est. *Gloss in d. l. 1.* Oportet itaque vere subsistere haereditatem: nec enim alea emitur, ut in venatione. *l. cum haereditatem, 7. h. t.* nam Pacta de haereditate viventis inita improbantur *l. fi. C. de pactis l. donari. 29. al. in t. quidam §. fi. de donat.*

Deinde venditor haereditatis, non sicuti reliqui venditores, tenetur de Evictione rerum Singularium, quia non tanquam dominus, sed ut haeres vendit. Sufficit igitur haereditatem praestari, qualem adiit, non etiam rerum particularium dominium, *l. 1. C. de eviction. l. 2. in prin. h. t.*

3. *Singulare secundum quod venditor non tenetur de evictione.*

Tertiò, inter emptorem & venditorem haereditatis id agi intelligitur, ut neque Plus, neque Minus juris habeat emptor, quam apud haeredem futurum esset, *d. l. 2 in pr.* Itaque omne emolumentum, omneque periculum rerum perfecta venditione ad emptorem pertinet. *d. l. 2. §. sicuti 9.* Vicem enim haeredis obtinet, *d. l. 2. §. fin.* & contra quicquid ex haereditate pervenit, perventuruмque est, & actiones earum rerum, quae nondum pervenerunt, praestare illi venditor debet: *d. l. 2. §. pervenisse. 3.* quanquam & suo nomine intentare. Utiles etiam sine cessione emptor possit *l. emptor. C. eod.*

4. *Tertium quod emptor vice haeredis sit, & actiones utiles habeat.*

Sed quod dixi, Vicem haeredis obtinere emptorem, respectu venditoris intelligendum est. Nam quod ad creditores attinet & legatarios, eorum jus contrahendo, debitor haeres tollere aut mutare non potest, *l. debitorum. 25. cum l. seq. C. de pactis l. 3. sup. fam. hercisc. cum similib.* nec in aliam personam transferre obligationem, quam aditâ haereditate sponte suscepit: *§. haeres. Inst. de oblig. quae ex quasi. cont.* quasi contrahendo, *d. §. haeres* Unde rectè a creditoribus convenitur, etiam post factam venditionem: emptor verò invitus nequaquam, quia nullum negotium cum creditoribus gessit. *l. 2. C. eod.* In haereditate vendita, utrum ea quantitas spectetur, quae fuit mortis tempore: an quae cum adiretur haereditas: an ea quae fuit cum haereditas venundaretur, videndum est. Et verius est hoc esse servandum, inquit Ulp. *l. 2. § 1. h. t.* quod actum est. Plerunque autem hoc agi videtur, ut quod ex haereditate pervenit, in id tempus quo venditio fit: id videatur venisse. Haec verba se-

5. *Venditionem ejusmodi non mutare causam debitorum.*

cus accipiuntur à Dd. *Gloss in d. l. 2. §. 1. ad verb. venisse.* quam accipi debeant, eaque interpretatio magnis tenebris rem involvit. Non igitur hoc vult J C. (ut rem in pauca conferam) intelligi quantitatem venditam, qualis est tempore contractus, sicut fit in caeteris emptionib. *l. Rutilia 69. l. in lege. 77. sup. de cont. empt.* sed omne id venditum videri, quod ex haereditate ad venditorem, à morte defuncti cui succeditur, pervenit, in id tempus: hoc est, usque ad illud tempus, quo fit venditio. Non enim bona qualia nunc sunt vaeneunt, sed venditur haereditas: hoc est, jus quod defunctus dereliquit, *l. haereditas 62. de regul. jur.* Quicquid igitur ex hoc jure pervenit ad venditorem, à morte testantis usque in tempus venditionis, omne id intelligitur venditum, & est praestandum. Et hoc est quod postea inquit Ulp. *l. 2. §. pervenisse. h. t.* Rerum venditarum ante venditam haereditatem pretia deberi, quamvis ea consumpserit venditor: itemque earum quae sunt donatae. Sicut econtrario sumptus etiam ante haereditatem venditam factos, non venditor, sed emptor sustinet, ad quem & emolumenta pertinent. *d. l. 2. si quid publici.* Et haec quidem de haereditate vendita: in qua stipulationes ac cautiones emptae venditaeque haereditatis, olim solebant frequentari; quarum hodie non magnus est usus. *l. in illa. 50. de verb. oblig. l. 2 l. si ex plurib. 17 h. t. l. liber. §. 1. de stip. servo. §. sed quia haeredes in fin. Inst. de fideicom. haer. de quib. vide Cujac lib. 2. obser. cap. 50.*

6. *De venditione nominum & actionum venditarum.*

Nomina quoque, hoc est, debita vendi possunt, etiam invito debitore, *l. nominis. C. eod l. 1. C. de novat. & de leg.* sive pure, sive in diem, sive sub conditione debeat *l. nomina 17 h. t.* Quare in venditione non oportere praestare locupletem debitorem, sed duntaxat debitorem esse, certum est, *l. 4. h. tit.* Idem de actionibus, tam Personalibus quàm Realibus judicandum, *l. fin. C. eo.* Perinde enim est, utrum quis nomina in actiones vendat, quae sunt nominum exactiones. *l. 3. C. eod l. venditor 32. h. t.* Hae tamen non aliter quam ante litem contestatam rectè venduntur: litigiosas enim res distrahi, & transferre hac ratione judicium in alium, est interdictum. *tot. tit. C. de litigiosis, & sup. de alien. jud. mutand. causa.* Sed & ante coeptum judicium actiones cum venduntur, usque ad concurrentem solum pretii quo venditae sunt, quantitatem exerceri à redemptore possunt, quod ad cohibendam sycophantarum & calumniatorum insolentiam, qui parvo pretio alienas lites, quamlibet injustas, redimere solent, ut quo jure, quâve injuria quid extorqueant, salutariter est provisum. *in l. per diversas. 22. cum. l. seqq. C. mandati.*

OBSERVATA.

N. II. *Improbantur*) Intelligenda hic in specie sunt pacta dispositiva seu dividendae haereditatis, quae regulariter prohibita, *d. l. f. C. de pact.* Exceptio est, si hanc consensu ejus, de cujus agitur haereditate, vel si in genere sint de haereditate incerti, *d. l.* Conf. Dissertat. nostr. *de jure verum, conclus. 79.*

Vendita haereditate an veniat jus crescendi.

N. IV. *Pervenit perventurumque est*) Hinc quaeritur *an venditâ haereditate & jus accrescendi, quod habet venditor, transeat ad emptorem?* Puta Titius est à Cajo haeres institutus ex semisse, vendidit suam portionē Maevio: post venditionem portio cohaeredis defecit, quaeritur an haec portio accrescat Maevio emptori? Negant Dd. communiter (1) per *l. 2. §. 1. h. tit. in f.* ubi venditâ haereditate ea veniunt, quae fuere tempore venditionis; sed tempore venditionis portio altera non defecerat. E. (2) Jus accrescendi habet persona à testatore alteri conjuncta, *l. 142. de V. S. l. 8. de leg. 2.* At emptor venditori à testatore conjunctus non est. Atque in hanc sententiam, examinatis utrinque rationibus descendit quoque Bachov. *ad Tr. h. th. 12. A. 1.* quod

antec

inter contrahentes actum non sit de portione hæreditaria ad emtorem transferenda, juxta princ. hum. Act. 2. cum pretium rei venditæ proportionatum non intelligatur, nisi pars actu quæsita pro vendita haberi possit. Dissentit Mantica *d.l.4.t.13.n.1. v. sed Bart. & seqq.* Illa hîc affinis quæstio est, *an æs alienum à defuncto relictum, emptor vel venditor solvere teneatur?* Contra venditorem pronunciat Autor hîc 1. quod ipse cum creditoribus adita hæreditate contraxerit, *§. hæres. de oblig. quæ ex q. contr.* 2. quod emptor actiones hæreditarias invitus non excipiat, *l. 2. C. h.* & quod emptor hæreditatis à creditoribus conveniri nequeat, nisi excusso prius venditore, decisum vide penes Dn. Mevium *p.2.d.296.* Verùm *quid si venditor non sit solvendo?* Tunc morali necessitate compelli creditores agere contra emptorem hæreditatis, omninò rationis est 1. *arg. l.2. §. cum quis debitori h.t.* 2. per *l.94. §. si rogatus. 1. de leg. 1.* 3. quod, licet ordinario jure conveniendus sit venditor, *l.2. h.l.2. C. de leg.* eidem tamen regressus detur adversus emptorem, *dd. ll.* 4. quod commoda omnia in hunc transeunt. Juxta quas rationes in Facultate Juridica Jenensi pronunciatum esse anno 1607. mense Augusti autor est, idem latissimè probans, Arumæus 1. *decis.* 12.

Venditor tenetur solvere æs defuncti alienum, exceptio est si non sit solvendo.

N. VI. *Sed duntaxat debitorem esse)* Vulgò hæc vocari solet *cessio actionis*; quæ synonyma est. Quamvis ubi distrahitur nomen debitoris, cessio actionis sit superflua; quod venditio potestatem cessionis obtineat, ex sola enim nominis venditione utiles in emptorem actiones transferuntur, *l. emptor. l. ult. C. h.* Tenetur autem venditor præstare (1) *verum debitorem* h.e. qui nequeat opponere exceptionem peremptoriam, *l. 4. h. l. si plus §. f. de evict.* (2) *venditæ quantitatis, l. quidam. eod. tit.* Nequicquam itaque emptor s. cessionarius desiderat *debitorem locupletem, dd. ll.* Joh. à Sande *de cess. act. c. 9. n.17. & seqq.* Betlich. 1. *pract. concl. 24. n. 52.* Aloys. Ricc. *p. 7. collectan.* 2914. Finckelth. *obs. pract. 91. n. 15. mutil.* Paul. de Castr. 1. *cons. 170. n. 2.* Quomodo ad requisitionem Henrici Schröders Lünæburg. bis consulti in Collegio respondere non dubitavimus anno 1643. m. Apr. & anno 1644. d. 8. Jun. Addere potest, qui volet, Manticam *d.l.4.l.13.* distinguentem 1. an quis vendiderit si quid juris habeat contra Titium. 2. quando venditor asseruit debitorem esse locupletem. 3. ubi quis vendit nomen debitoris tale quale est. 4. si quis vendat nomen ejusmodi simpliciter. 5. si quis promiserit nomina vendita esse vera & illæsa. Neque nulla sunt quæ tractat huc pertinentia Dn. Franck. 1. *resol. mr.* 8.

Venditio act. quid venditum intelligatur.

TITULUS V. C. 4. 44. 45.

De rescindenda venditione, & quando licet ab emptione discedere.

1. Continuatio.

Quia diximus, quomodo contrahatur emptio: videndum est, qua etiam ratione dissolvatur.

2. Quomodo rescindatur venditio.

Cum autem quoquidque modo ligatum est, eo dissolvatur, *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur.* sequitur quemadmodum emptio mutuo consensu contrahitur, ita contrario consensu, dum res est integra, eam distrahi. *§. fin. Inst. quib. mod. toll. oblig.* si vel simpliciter à venditione recedatur, vel acceptum invicem feratur, vel nova alterius precii venditio fiat, dum tamen perinde valida sit atque prior. *l. 2. 3. & 5. hoc tit. § fin. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Nam si quod puré emi, sub conditione rursus emam, imperfecta hac venditione non tolli priorem constat *l si id quod 7. h. t.*

3. Quomodo accipiendum, quod dicitur, Mutuo consensu dissolvi venditionem.

Dixi mutuo dissolvi consensu, non unius: nam alterutra parte invita abiri emptione non potest: quia ut ab una parte non perficitur, ita nec rescinditur, *l. 1. in fin. h. t. l. 3. 4. l. intos. C. eo.* ne rescripto quidē principis: *l. 5. C. eod.* etiamsi duplum quis reddere paratus sit, *l. non est C. eodem.* vel altera pars in implendo contractu moram faciat. *l. ea. conditione. 14. C. eodem. l. in civile. 12. C. de evi vend. l. 8. 9. C. de contr. empt.* aut inæquali injustoque precio res venierit. *l. 4. si voluntate. l. quisque. C. eod.*

4. Quatenus liceat in contractu decipere.

Licet enim contrahentibus invicem naturaliter, id est, jure gentium quadantenus (nam ultra dimidiam partem justi precii captio propter nimiam inæqualitatem revocatur. *l. 2. C. eod.*) decipere: *l. in causa. 16. § pen. de minorib.* non quidem dolo malo (is enim contractum vitiat, sicut antea dictum est, *l. & eleganter. ff. de dolo malo.*) sed hactenus reipsa *l si quis cum alter. 36. de verb. oblig.* ut minoris plurisve juste res vendi possit: alioquin quiruscunque contractus non esset calumniæ proximus, si ob minimam inæqualitatem in dubium & controversiam revocari queat?

5. Re non integra, non dissolvi mutuo consensu venditionem.

Dixi ulterius, Re integra mutuo consensu dissolvi emptionem. Nam non poterimus eadem ratione uti post precium solutum, aut rem traditam, emptione repetita vel dissoluta: quia soluto precio & traditione facta, solo consensu recedi à contractu nequit, qui non sola voluntate, sed etiam implemento ac traditione rei est corroboratus. Itaque opus est retro rem tradi ac redhiberi, & precium restitui. *l. 2. hoc tit. l. ob emptione. ubi Dd. sup. de pact.* neque enim sola conventio ad id sufficit, cum sit nudum hoc casu pactum, nec actionem producere possit ad redhibitionem impetrandam. *l. ab emptione. in fin. de pact.*

6. Quomodo ob dolum, læsionem, metum,

Est & cum ob dolum, aut metum, aut læsionem rescinditur venditio. Dolus autem aut inest proposito, aut reipsa. *§. item si quis in fraudem. Inst. de act. l. si quis cum alter. 36. de verb. oblig.* Cum inest proposito, quomodo retractetur venditio, supra est expositum: *ad tit. de dol. mal.* Porro quando re inest, ipsa, non statim retractatur contractus: quia licet contrahentibus se invicem decipere: *l. in causa. 16. §. pen. de minor. l. ratas. 7. l. si voluntate. 8. C. eod. tit.* Quare ubi major pars aut dimidia æqualitatem habet precii & mercis, non est locus rescissioni, ne utile per inutile vitietur. Sin autem læsio demidiam justæ æstimationis partem excedat, jam quia major inæqualitas est in contractu quam æqualitas, ideo bona fides jure exigit, ut aut ad æqualitatem contractus reducatur, aut eo abeatur, *l. 1. 2. de rescind. vend. l. 3. C comm. utr. jud.* Metu facta emptio etsi valet, quoniam coacta voluntas, voluntas est. *l. si mulier. 21. § penult. quod met. caus.* tamen quia res mali exempli est, rescinditur: *l. 1. C. de rescind. vend.* Ob errorem etiam venditionem annihilari, supra ostensum est *ad tit. de contr. empt. per l. 14. 15. cum seq. eod. in tit.* Interitu quoque rei, qui perfectionem venditionis præcedit. *l. si 15. l. domum. 5. de contr. em.* nam ex perfectâ emptori res perit. *§. cum autem Instit. de empt. ac. ve. seq. C. eod.*) Item motibus retractus proximitatis vel vicinitatis quandoque rescinditur venditio: *vide Tiraqu. de retract. Chass. in cons. Burg. eodem tit. Matth. de Afflic. de jure protim. Lond. lib. 1. art. 9. Reinh. diff. 10.* ut & retractu conventionali, *l. 1. C. de pac. int. empt. & vend.* quo casu, fructus perceptos non restituit emptor. *Tiraq. de ret. lig. § 1 glo. 2.* ut nec alius quivis, qui jure domini, vel quasi, bona fide eos percepit *Panorm. in c. ac si clerici. de jud. & in c. 1. de fend. vide latè Chass. in cons. Burg. Rub. 3. de fend. § 1 in prin. nu. 28. Tiraqu. in rep. l. si unquam. ad verb. revertatur C. de revocan. donat.* Hoc interest: quod petitio retractus proximitatis, anno & die præscribitur. *c. Titiu. si de fend. fue. contr. l. 2. fend. c. 1. §. porro. qual. olim. fend. pot. alien. Bald. in c. 1. §. hoc quoque de jur. fend. Jas. in l. præter. art. § 1. de op. no nunc vide latè Tiraqu. retract. lig. § 1 glo. o num. 1. & 5.* petitio retractus ex contractu, non item, sed durat (ut aliqui *Bald in l. quod si nolit. §. si quid. de adil. edic. Al. in l. potens. C. de pac. & in Rub. de præscr. num. 64. Chass. in cons. Burg. 1. des rentes. § 1. gloss. vide quos enumer. Tiraq. in retr. conven. § 1. glo. 2 num. 5. & Mynsing. in obs. Camer. obs. 16. cent 1.* volunt) in perpetuum, quia juri offerendi, quasi meræ facultatis non præscribitur. *l. viam publ. de via publ. l. si servum quoque. § nisi. de hæred. Inst. l. ult. C. de cond. ins. vide sup. de usucap.* ut vero communius putatum est, 30. annis. *Ang. cons. 55 ex pacto per l. si quis § 1. C. de præscript. 30. annor. l. 3. C. de ann. exc. Alex. cons. 228. ponderatis lib. 6. Franc. Bald. in tract. præscr. numer. 5. quæst. 4. partis. 5. Zas. cons. 12. nobiles num. 75. Schurff. cons 41. cent 1. & cons. 90. cent. 3. vide latissime Tiraquel. qui dicit hanc esse communem. & sic in Parlamento fuisse judicatum. in tit. conven. § 1 glos. 2 nu. 12. vide etiam Mynsing. obs. 16. cent. 1. Cujac. in l. si pignoris 13. de usucap. 3. 4. 5. 6. 7. cum multis seq. licet contra statutum consti. pro parte 2. qua de re dixi copiosius consil. 2. & cons. 8.* reliquarum exemplo præscriptionum. *l. 3.*

& retrahatur venditio.

tum seq. C. de praescrip. 30. anno. in prin. Instit. de perpet. & temp. act. nam & haec petitio est ex contractu, non magis merae existens facultatis quam quaelibet actio, qua unicuique liberum est aut agere aut non agere. *l. unic. C. ut nemo accus. vel ag.* Cum ergo reliquis actionibus praescribatur tanto spacio, consentaneum est, ut evitetur infinitas, etiam huic praescribi. Est enim revera actio personalis, non res merae facultatis: quae neutiquam in absoluta facti facultate, sed obligationis jure consistit. & est jus ab altero debitum, ac respectum ad alium habet, ut exemplo reliquarum actionum merito praescribatur: ne possessores semper metuere repetitionem rei cogantur, & incerta reddantur rerum dominia. *h. t. & usucap.* Quare cum hic ratio praescriptionum obtineat, merito obtinet & dispositio, nisi praescriptioni 30. annorum fuerit renunciatum, ut renunciari potest. *Bart. & Dd. communiter in l. nemo potest. de legat. vide Fran. Bald. & Tiraq. praealleg. loc. num. 13. 14.* quo casu immemoriali demum tempore tale jus offerendi praescribetur. *Bald. & Angelus l. 1. C. ne rei dom. & in l. omnes. C. de praescrip. 30. annor. & in l. 1. C. de ann. exc. vide Tiraq. praealleg. loc. num. 23.* Porro quod dicitur, Ea quae merae sunt facultatis, nonquam praescribi: *Bartol. & Dd. in l. viam. de via publ. & in l. cum notissi. C. de praescrip. 30. annor. Panorm. in c. quoniam. §. ult. num. 44. ut lit. non contest. Fran. Bald. praealleg. loc.* de his quae sunt absolute talia, non relative, est accipiendum. Nam servitutes, & similia ab aliis debita, quamvis merae sunt facultatis, tamen per non usum praescribuntur. *l. pen. C. de servit.* At quae absolutae sunt facultatis, & jure dominii competunt, nec ab alio debentur, sed insunt propter dominium: haec non praescribuntur, sed una cum domino possidentur ab animo domini & voluntate: eoque nec eo trahitur usucapionum ratio: quia posita sunt in cujusque jure absoluto & facultate: ut quamvis nunquam praescribantur, tamen non redduntur propterea incerta dominia rerum, sed magis confirmentur. Quare cum in his ratio praescriptionum cesset, cessare debet & dispositio. Atqui aliter se rem habere in jure offerendi, servitutis, & similibus ab aliis debito, ex praedictis intelligi potest.

OBSERVATA.

Laesio jur. nat. contraria.

N. III. *Licet enim*) Juri naturae convenit, ne venditor amplius lucri ab emptore capiat quàm quantum ipse vice versa libenter concederet: alioquin enim, contra principia à justitia particulari deducta, plus sibi usurpator, 5. *Eth. 5. 1. Rhet. 13.* Quod cum regula Salvatoris nostri concordat, *Matth. 7. 12.* quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris.

Jur. gent. h licita, indulgentiâ quae sit ignorantie.

Verum jure gentium causâ commerciorum (συνέσεως) obtinuit, quod contrahentibus liceat se invicem decipere. Statuit autem ita primus, quod sciam, Aristoteles 4. *Eudem. 2. in f. plus*, inquiens, *suo obtinere lucrum facere appellatur, minus autem quàm quod initio suppetebat habere damno affici; ut fit in rebus vendendis, & emendis aliisque contractibus, in quibus per legem licet impune rationibus suis consulere, lucrumque facere.* Ex Arist. verò id nostri Authores retulerunt, Pomp. & Ulp. *in l. 16. §. 4. de min. & l. 22. §. f. loc. cond.* & Pontif. *c. 3. de emt. v.* Etenim consensus adest perfectus, sufficiensque ad substantiam contractus, *l. 8. C. h.* positâ itaque causâ, & effectum non denegari necessum est: Eoque spectat illud Senecae 6. *de benef. 15. quid interest quanti sint, cum de pretio inter emtorem & vendentem convenerit. Nihil venditor debet qui bene emit.* Et Andronicus Rhodius, *lucrum quod voluntate contrahentium percipitur, nec injustum est, nec corrigitur. Ejus enim licentiam lex concessit*: add. Conr. à Summenhart. *de contr. p. m. 24. & 25. in addit. ad 17. quaest.* Bald. Perusin. *in l. 2. C. de resc. vend. n. 5.* & Panthal. de Crema *ibid. n. 37. & mult. seqq.*

Idque jus rigorosum

Atque hoc est quod rigorosum hic strictum s. restrictum jus vocat Gl. & Castr. *in d. l. 2.* Commodius jus rectum, merum, ordinarium, commune. Sicque laesio ultra dimid. justa est, Grot. *de I. b. & p. l. 2. c. 12. §. f.* I. H. Böcler. *de mens. prec. p. m. 76.*

Apud Roman. lic. ad dimid. ex temp. Dioclet.

Apud Roman. quoque idem jus obtinuit usque ad Dioclet. qui lucrum *usque ad dimidium justi precii* restrinxit, *l. 2. l. 8. h. t.* Approbarunt quoque illud leges Imperii Orientalis, nec non maxim. Pontifices *in c. pen. & c. cum dilecti de emt. vend.*

Hocque jus human.

Hincque apud Rom. aliaest laesio infra vel ultra dimidium. Et hujus correctio dicitur jus humanum, aequum *in l. 2. C. h. t.*

Rescindi ob laesionem ultra dimidium commune est omnibus contractib. b. f.

N. VI. *L. 2. C de rescind. vend.*) Rectè sentit Bachov. *in not.* modum rescissionis ex *d. l. 2.* non esse proprium huic contractui, sed communem omnibus illis qui bon. fid. Circa dictam legem autem imprimis VIII. consideranda veniunt. I. quaenam ejus sit ratio.

Ratio quo ad dimidium.

Bachovius ait *cur terminus hicce placuerit (scilicet ultra dimidium laesionis) Imperatoribus, certam rationem assignari non posse.* Arumnaeus *ad d. l. 2. disp. 1. th. ult.* causam putat, (1) *quod & aliàs in dubiis medium eligamus, arg. §. final. Inst. quib. ex caus. manum. non liceat.* Vid. Besold. Thesaur. *pract. in verbo* Uberrenschiedt *num. 18.* (2) *quia hic utrinsque contrahentis par sit conditio, ergo uterque sibi vigilet* (3) *quia ulterior laesio contrarietur utriusque voluntati, ergo contractus tunc rescindi debeat.* Rectius dicam: terminus iste initio fuit indifferens, nunc verò lex hactenus est merè positiva.

Quando laesio sit ultra dimidium.

II. Non constat inter interpretes, quae laesio sit ultra dimidium. Verùm communiter sic laesus ille dicitur qui non accepit dimidium ejus quod dedit. Puta si precium pro merce justum sit 100. emptor dicitur laesus, si pro illa dederit supra 200. venditor verò, si pro ejusmodi re accepit minus, quam 50. eademque ratio est in caeteris bon. fid. contractibus. Mynf. 4. *observ. 63.*

Lex 2. pertinet & ad emptorem.

III. In dubium vocatur non nullis, *An dicta lex secunda ad emptorem quoque pertineat?* De venditore enim ejusque haeredibus verba concepta habent sans disertè: *si tu vel pater tuus.* Sed rationis est, eam emptori non minus proficere; (1) quia & hic laedi in precio ultra dimidium potest, *arg. d. l. 8. C. h. t.* (2) quia longè humanius est huic subvenire, quod venditor scire possit rei suae valorem adeoque potuisset sibi cavere, *l. 15. C. h. tit.* emptor verò ignorantia facti alieni se excusare possit, *arg. l. f. pro suo. l. 2. & seqq. de jur. & fact. ignor.* Pinell. *add. l. 2. p. 1. c. 2. n. 4.* (3) Accedit quod emptio sit bon. fid. contractus, quae nescia inaequalitatis, *l. 3. C. comm. utr. jud.* at inaequalitas esset si emptori non concederetur beneficium *hujus l. 2.* quod venditori conceditur.

Contra Merillium con respondetur.

Dissentit ab hac communiter recepta sententia Cujac. *4. obs. cap. 18. & l. 23. obs. cap. 32.* quem probat & sequitur novissimè Emund. Merill. *lib. variant. ex Cujac. 2. c. 5. & lib. 6. observ c. 6.* (1) quod in lege 2. & l. 8. *C. h. t. §. 3. & penult. de emt. vend.* agatur tantum de venditore non etiam quod emptori concedi debeat: (2) quod Impp. in dicta l. 2. humanitatis ratione id se concedere venditori profiteantur, qui plerumque necessitate rei familiaris cogatur ad venditionem rei suae, *l. 36. §. 1. mand. l. 12. 16. C. h. t.* At haec humanitatis ratio cesset in emptore, qui non coactus sed sponte accedat ad emptionem, *l. 48. §. 1. damn. inf.* ideoque invidiosum sit penes emptorem, ut ratio penes venditorem. Verum, ut Impp. in *l. 2.* tantùm consulti fuerunt de venditore, ita etiam de eo solum responderunt, ceu in textibus Codicis novum non est; Saepè tamen leges etiam ad illud quod expressè non continent extenduntur, ob rationis paritatem, *arg. l. 17. d. ll.* quae hic est non alia quàm laesio ultra dimidium. Ratio humanitatis, quare

hoc

hoc beneficium venditori concessum, non est, quod is plerumque cogatur ad venditionem ex necessitate rei familiaris, sed dicta *læsio ultra dimidium*, quæ & in emptore locum habet. Et contractus hic tam emendi quàm vendendi gratiâ introductus est, *l. 1. de contrah. empt.* ratione commercii & lucri honesti causâ: quare supra probavimus totam hanc materiam pertinere ad empt. venditionem mercatoriam s. Negotiatoriam. Quin nec rarò etiam emptor rei familiaris necessitate ad emendum impellitur. Et hoc ipsum tamẽ ex accidenti est, ex quo nulla diversitatis ratio idonea inducitur, sufficitque quod quoad rationem hujus legis (quæ est læsio ultra dimidium, in humana indistinctè & iniqua) conveniant. Vid. Gotofr. *in l. 1. §. 13. si quid in fraud. patron.* & *l. 2. l. 3. 5. C. h. t.* Anton. Peretz. *in Codic. h. t. n. 7.*

Quod hic justum precium.

IV. Justum precium hic nihil aliud est quam naturale h. e. vulgare, seu quanti res communi æstimatione venire potest, *l. 63. ad l. Falcid. l. 16. 8. ff. de pignor. l. 11. §. 1. de jure dot.* Jung. Arumæ. *ad d. l. 2. disp. 4. th. 25.*

In quibus contractibus l. 2. locum.

V. Licet *d. l. 2.* loquatur de emtione venditione, tamen rectè extenditur & ad cæteros bonæ fidei contractus, modò termini sint habiles, id est unus det, alter accipiat. Ideoque locum habet in permutatione, divisione, locatione, conductione, emphyteusi, in rerum dotalium æstimatione, in solutionibus, & quietantiis, ut loquuntur, &c. Contra non obtinet in negotiis stricti juris, ut in transactione, maximè judiciali, aut judicialiter confirmata, sec. observata *t. de transact. n. 8. ff.* Idem est si *d. l. 2.* renunciatum, Arum. *disp. 1. ad d. l. 2. th. 10.*

Inspicitur tempus contractus.

VI. Quoad læsionem non tempus præsens, sed contractus inspiciendum est, ut tunc dicatur quis læsus, si *cum contraheret*, in pretio vel merce læsus sit ultra dimidium, *l. 5. C. h. t. cum dilectis de empt. vend.* Da v. c. die Hufe Landes Zeit deß getroffenen Contracts mehr als noch eins so viel wehrt gewesen/ und der Verkäuffer also in solchem Kauff uber die helffte deß rechten Wehrts verkürtzet und benachtheiliget worden. Quæ læsio cum sit facti, probanda est, vel *per testes*, qui ex circumstantiis loci temporisve aut annuo reditu testimonium perhibent, ex cujus comparatione justus ac verus rei alicujus valor dignosci solet nonnunquam *ex oculari inspectione & æstimatione*, si res vendita à tempore contractus non sit immutata, *d. l. 8. & 16. h. t.* Vid. Ant. Fab. *in Codice lib. 4. t. 30. def. 2. n. 4.*

Quom. hic fiat contract. rescisio.

VII. Hic fit correctio læsionis ultra dimidium, non directò quidem, (ut annullando usque ad dimidium) sed per indirectum, datâ nimirum actione; Fit autem hoc per legem Diocletianam *l. 2. C. h. t.* Quæ concedit saltim impunitatem tunc, si post contractum appareat intervenisse læsionem usque ad dimidium, & alter de læsione conqueratur. Pinell. *ad l. 2. C. & p. 1. c. 1. n. 39.* Permissio namque quæ à lege hac fit (ut nunc lædendi ad dimidium usque) aut plena est aut minor plena: vid. Grot. *d. 1. b. & p. l. 1. c. 12. n. 17. & ibi* Böcler. *p. m. 143.* Hic ita fit contractus rescisio, ut læso venditore, vel is recipiat rem venditam precio emptori restituto, vel emptor, si velit, re retenta id quod justo precio deest, suppleat, *d. l. 2.* Lædens itaque seu reus hic electionem habet, an velit justum precium supplere, an verò rem totam restituere. *d. l. 2. v. si emptor elegerit.* ubi Gothofr. *lit. C.* Vid. Hartm. Pistor. *lib. 1. q. 23. n. 1.* Atque hoc verum in casu *d. l. 2.* scilicet ubi alter contrahentium sine dolo alterius fuerit læsus ultra dimidium. Secus est in læsione ejusmodi dolosa, in hac enim reo electio nulla relinquitur, quia contractus ipso jure nullus est, quod ei dolus causam dederit, *l. 7. §. 1. de dol. mal.* Vid. Celt. Bargal. *de dol. mal. lib. 2. cap. 9. 10.* proinde reus ecu m. f. possessor nulloque titulo possidens (quod paria sunt titulum non habere & habere *vitiosum*, *arg. l. 7. qui satisd. cog. l. 2. d. aut. tut.*) condemnandus est ad rem præcisè restituendam, *d. l. 7. §. 1. junct. l. 24. C. d. R. V.* nisi fortè læsus huic juri renunciare & ad supplementum ejus in quo læsus est, velit agere. Hartmann. Pist. *d. q. 23. nu. 2.*

Quæ ex inde actio.

VIII. Controversum hîc est, *quænam actio competat ad contractum prædicto modo rescindendum?* Pinellus & alii putant agendum condictione ex lege; quod *d. l. 2.* sit nova: quos sequitur Wesenb. *infra de act. empt. in fin. n. 9.* quidam competere restitutionem in integrum, *ex l. in caus. de minorib.* Rectius cum Dd. communiter statuitur, competere actionem ex hoc contractu. Vid. Arumæ. *disp. 4. ad d. l. 2. th. 24.* & observata *ad n. 8. in ff. de act. empt. verb. condictio ex lege.* Quibus omnibus confirmandis apprime facit Responsum JCtorum Helmstad. anno 1613. d. Julii. Magdeburgum ad Fridericum Perschen/ emptorem, verbis: Und wenn dabey per inspectionem ocularem oder sonsten in continenti zu befinden/ daß im Kauff dieses Hauses ihr ultra dimidium læditet/ habt ihr in diesem Fall/ ob gleich deß preeii Entrichtung uff Termine geleget deß beneficii *l. 2. C. de resc. vend.* billig zu geniessen; was nun das Hauß also nicht wehrt gewesen/ kan in der Bezahlung gleichfals euch nicht uffgedrungen werden. Et ad Henricum Tappen civem Hildesiensem ann. 1612. d. 15. Febr. verbis: Daß es bey der æstimation deß euch in solutum ubergebenen Hauses/ so etwen in dem an den Rahe zu Gandersheimb am 23. Nov. anno 1609. abgangenem Schreiben beschehene begehren gemäß angeordnet und verrichtet/ nochmahls billig zulassen. Es were dann daß ihr darthätet/ daß dasselbe Hauß über die helffte deß rechten Wehrts zu jener taxiret/ auff dem fall wäret ihrs höher nicht als sich der warhaffte Taxt erstrecket/ anzunehmen schüldig. Ar. Pinell. *ad l. 2. C. h. p. 1. c. 4. n. 8.*

Empt. vend. metu facta valet.

Metu facta) Rectè dicitur rescindi, quia ab initio valet, jure civili æquè ac naturali. Neque hic distinguendum inter contr. b. f. & stricti juris, item an metus causam dederit emt. venditioni, an fuerit incidens. Neque etiam obest *l. 1. C. h. t.* ad quam & pleraque alia huc pertinentia respondere antevertimus supra *ad t. quod met. caus. n. 5.*

Retractus.

Retractu) Germanis dicitur Einstand/ Rück oder Näherkauff/ Vorzug/ Abtrieb/ Lösung/ & jus retractus, jus protimisios, Näherkauffsgerechtigkeit/ Zugerecht/ Kauffzugerecht/ Vid. Theod. Reinking/ *tr. de retr. consangu. q. 1. n. 8.* Wehner *obs. pr. v. losen.*

Quid.

Est hoc nihil aliud quàm *jus prælationis certis personis competens, ad rem immobilem vel æquipollentem, per venditionis aut similem contractum, æquali pretio intra definitum tempus redimendam.*

Origo.

Originem cœpit gentium jure post inventam empt. venditionem, maximè ut bona in familiis aut communitate manerent, quas hoc modo servari & præferri extraneis nullâ necessitudinis aut communionis lege junctis, naturali juri est conveniens; tum quod successionis jure potior sit ratio cognatorum, tum etiam quod ubi utilitas publica requirit, sæpe privatorum emolumentum sit postponendum.

Ratio ex jure nat.

Usus apud gentes.

Hinc Ebræos statim hoc jure usos fuisse testis est codex sacer, Lev. 25. v. 15. Num. 36. 9. *seqq.* Ruth. 4. 3. & 4. Jerem. 32. 7. & 8. (ubi tamen notandum, aliam adhuc ipsis fuisse redemptionem rerum venditarum, quæ erat *revelatio debiti*, sine omni pretio, & fiebat Jubilæo, *d. Lev. 25.* atque cum retractu nostro perperam à nonnullis confunditur.)

Relevatio debiti apud Hebr.

Ab Ebræis Græci acceperunt, quamvis & his recepta fuerit Σεισάχθεια h. e. redemptio à debito, ex lege Solonis, juxta Plutarchum *in Polit.* à retractu nostro genere planè diversa; *Andr. Tiraqu. de retr. lignagier in præfat. n. 12.* Romanos usurpasse retra-

Σεισάχθεια Græc.

ctum vestigia sunt in *l.38. de min.60. de pact.l.62. de contr.empt.l.1.de privil.eod.* Equidem seculo Christiano quarto sub f. *l.14. C. de contr.empt.* Imperatores Valentin. Theod. & Arcad. retrahendi jus prohibuisse videntur privatis, scil. ne consanguinei proximi consortesque alii ab emptione removeant extraneos.

Venditio in certas personas restricta. Verùm ista lex inspecta penitius haud agit de prohibito retractu, sed venditione in certas personas restricta, h.e, ubi non licet vendere nisi consanguineis aliisque consortibus. Quin, si de retractu sublato intelligi illa posset, non tamen est universalis, cum omnes omnino non excludat, Cyn. *ad d. l.14. nu.2.* Atque hinc & Pontificio jure de rectracto statutum est, *c.constitutus. de in integr. rest.* legibus feudorum, *2.f.3.§.1.2.f.9.§.1. & 2.f.16.§. Titus filios.* Constitutione Friderici Imper. de jure προτιμήσεως. Hodie etiam plerisque in locis de illo statuta, vel consoetudines habentur: quo pertinent D. H. Julii Ordnung der Heinrichstadt anno 1602.t.13. von der Nähergeltung/ Statuta civitatis Lunæburgensis *p.2.t.4.*

Valet rett. quat. receptus est. Atque eò ventum planè est, ut nec dicta constitutio Friderici vim legis universalis habeat, sed omne jus retractus æstimetur ex recepto, quatenus vel illa moribus alicubi invaluit, vel de jure protimiseos, maximè gentilitio, consuetudine, pacto, vel statuto quid est dispositum, Reink. *d.tr.q.1.n.23.& seqq.* Dn. Mev. *p.5.d.32.* Quomodo in Colleg. Juridico ad requisitionem L. Schultzen Magdeb. pronunciavimus anno 1643. m: Nov. verbis: weil das jus retractus hin und wieder so fern observiret wird/ quat. lege municipali vel aliàs longâ consuetudine fuerit receptum, juxta Myns. *3 observ.51.n.1.* muß es von dem jenigen so die Nähergelnung prætendiret/ erwiesen werden/ wie fern und in waserley Gütern solches jus an dem Orte da es gesucht wird/ üblig/ ob es so wohl negst den Stammgütern auff alle andere verstorben Güter/ als auch die collaterales, und zumahl die Stiffbrüder zu extendiren. Wird dann Jacob Otte als Curd Schaden Stiffbruder/ nicht erweißlich machen/ daß das jus retractus zu Magdeburg auch bey den Stiffbrüdern & in bonis quibuslibet statt finde/ so ist L. Schultze bey dem mit Curd Schaden einmahl getroffenen Kauff der Schiffmülen quæstionis zu manuniren und zu schützen. V.R.W.

Est ex Lege. Cæterum conceditur retractus vel lege vel facto hominis. Lex vel communis est vel particularis, statutum, consuetudo.

Communi. Jure communi retrahere possunt directò tantùm Filii & Agnati in feudo legitimè alienato translatoque titulo oneroso. *2.f.3. §.sed etiam. 2. f.26. §. Titus filios & 2.f.9.§.1.v.porro. Hartm. Pistor.l.2. p.1.q.11.n.11.& seqq.q.12.n.3.junct.seqq.* Obliquè & per consequentiam Fiscus, *l.1. C.de metall.& metall.* Convicani, *l.un. C.non licer.habitat.metrocom.* Dominus emphyteuseos, *l.f.C.de jur.emph.* Creditor, maximè si & cognatus sit, *l.16. de bon.aut.jud.possid.l.1. de privileg.cred. l.60. C.de pact.* Dn. Carpzov. *decis.ill. Sax.54.num.10.11.* Minor *l.33.de minor.* Dico *oblique*, quia citatis textibus nihil dicitur de retractus jure, sed quod quibusdam personis vendenda sit res præ aliis. Jus itaque prælationis illi in re vendenda habent, unde sequitur, si iis prætermissis res sit vendita aliis, eosdem gaudere & jure retrahendi; Quamvis dissentiant Dd. communiter, quos sequitur Filliuc. *tr.35.c.10. num.229.* dictas leges directò ad retractum applicantes. Referunt quoque huc nonnulli *conductores antiquos prædiorum publicorum*, qui finita locatione etiam locatore invito reconducere possunt, modò solvant augmentum pensionis ab aliis oblatum, *l.4.& 5.C.de loc.præd.civ.* quod jus quoque habent liberati, *c.1.de loc.cond.* Verùm utrique illi jure meritò hîc arcentur; quod in locatione cond. locus non sit retractui, *arg.l.39.locat.cond.*

Vel particulari, ut Gentilitius. In particulari retractu excellit Gentilitius, qui proximis consanguineis concedi solitus, per omnia ferè ordinem & jus successionis ab intestato imitatur, Erblösung/ Erb-Freundrecht/ de quo videsis post Tiraquell. *de retract. lignagier.* tractatum elegantissimum Dn. Reinkingii *de retractu consanguinitatis.*

Ejus forma. Forma hujus, maximopere attendenda, ferè in his quatuor consistit (1) quod retrahere volens justum & integrum precium offerre & solvere debeat. (2) ut cum precio simul sumptus & expensas tempore contractus factas integrè refundat. (3) ut sibi retrahat, & in usum suum, non verò in utilitatem alterius & fraudem emptoris, (4) ut fiat intra legitimum tempus, h. e. intra annum & diem, *arg.2.f.20.§. Titius* Mynsing. *3.obs.11.l.2.observ.19.a.n.*

Vel facto hominis. Facto hominis retractus conceditur vel testamento, *arg.l.69.§ 3. de leg.2.* vel conventione s. pacto de retrovendendo, *l.2.l.7.C.de pact.int.empt.& vend.c.4. de pignor. c.1. de empt.vend.*

Q. de fructibus. Cæterum ut rectè hic statuit A. secuto retractu, emptor sine dubio fructus *ante* retractum perceptos & *consumptos* lucratur, quod ante illum & dominus sit, & bonæ fidei possessor, *arg.l.13.§.10.actione empti. Extantes* tamen restituere tenetur, cum idem juris sit in b.f. possessore, *arg.l.22.C.de P.V.* At percepti *post litis contestationem* & jus retractus efficaciter competens una cum re empta sunt restituendi, sive extantes adhuc sint, sive consumpti, *arg.36.de rer.divin.§.2. de offic.jud.t.4.§.2.fin.reg.* Reinking. *d.t.r.quæst.8.aph.9.*

Q. de pendentibus. Sed quæri *solet de fructibus pendentibus ad quem pertineant.* Et communis opinio in æquitate fundata, est, eos inter emptorem & retrahentem (sive ex pacto sive ratione proximitatis) pro rata anni ultimi esse dividendos, *arg.l.7.§.1.solut.mat.sec extr.juris principia*, Reinking. *d.q.5.n.72.& 76.* Covarr. *in res.15.n.6.7.* Fach. *2.contr.14.* ex hypothesi enim pacti conventi, vend. hæc emptoris est necessaria, habito respectu quo exercetur, secus in simpliciter voluntaria venditione, *l.Julianus.§.offerri.de act.empt.* Neque contrariatur, *l.2. de pact. inter empt. & vend.compositis.* Nam ibi saltem dicitur quod emptor etiam fructus post oblatum ex pacto precium perceptos retrahenti restituere teneatur, quod fit propter moram precium recipere nolentis: Quod si autem is precium non recuset, sed modò excipiat de fructibus pendentibus, res hæc non ex *d.l.2.* sed ex *arg.d.l.7.* decidenda erit. Vid. Treutl. *vol.1.disp.28.th.10.C.* Cavalcan. *2.dec.16.n.15.* Hartm. Pistor *l.1.q.24.nu.12.* Adde Molinam *tr.2.disp.371.n.12.& seqq.* Reinking. *d.q.8.n.25.*

Differentia inter contr. gentil & ex conv. Atque sic quoad restitutionem fructuum quidem conveniunt uterque retractus, gentilitius & ex conventione. Alioquin interest (1) *quoad constitutionem*; quia conventionalis dependet ex propria partium provisione, at gentilitius ex provisione legis seu consuetudinis, Dn. Mev. *d.p.5. dec.32.*

Actio ex gentil. in rem scripta. (2) Quoad *actionem*; nam ex hoc est condictio ex moribus vel statuto, in rem scripta, ad rem alienatam jure sanguinis revocandam. Lindem. *d.tur.proxim.d.c.4.th.4.& 5.* Reinking. *d.lib.q.9.n.77.& seqq.*

Ex conv. personalis ex vendit. At ex hoc retractu descendit actio simpliciter personalis ex vendito, propter pactum retrovenditionis emptioni adjectum, Lindem. *d.c.4.th.7.* Peretz. *ad l.1.C.de pact.inter empt.n.10.* Neque enim probanda illorum opinio, qui dicunt actionem ex hoc pacto esse realem, quos rectè refutat Geil. *2.obs.16.n.3.4.* Quæ nec alia quam ex vendito est, non etiam præscriptis verbis, ut vult Geil. *d.l.* & Reinking. *d.q.9.n.51.* cum plurimis ibidem

dem citatis; neque enim actio præscriptis verbis cum actione ex contractu concurrere potest, cum illi non sit locus nisi ubi ordinaria deficit, *l. 2. l. 21. h. t.* Et *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. compositis ex l. 4. de L. comm.* explicanda est, ita ut particula *vel* ibi non denotet conjunctionem sed correctionem, *arg. l. 13. §. 2. commodat. l. 11. de noxali actione. Vid. not. in f. ad tit. de præscr. verb. n. 8.* Peretz. *d. t. n. 10. & seqq.* Et hinc etiam est, quod condictio ex contractu consanguinitatis non modò detur adversus emptorem, sed & contra quemvis possessorem quocunque titulo ab emptore vel aliunde rem retractui obnoxiam habentem; at actio personalis ex vendito saltum contra emptorem ejusque hæredem. (3) Asseritur differentiam esse quoad *præscriptionem*; quod retractus proximitatis præscribatur anno & die jure communi, *arg. 2. Feud. 26. §. Tuma*: nisi statuto & moribus aliud tempus sit inductum: ita ut si retrahens intra illud non agat, excludatur: curratque hoc tempus à die venditionis perfectæ h.e. simulac de precio & merce convenerit, etiamsi res vendita nondum sit tradita. Reinking. *d. l. q. 7. n. 1. 2. 312. 156. 176.* licet contrarium velit Lindem. *cap. 6. thes. 6.* & Wehn. *d. obs. pract. verb.* Lösung. Contra vero juri retractus conventionalis dicunt præscribi non nisi triginta annis, ceu placet Autori, (1) *quod facultas agendi sive actionibus & juribus præscribatur triginta annis, l. 3. & 4. C. de præscrip. 30. annor.* (2) *quod in hoc casu eadem obtineat ratio introducta præscriptionis, scilicet ne dominia rerum maneant in incerto, l. 1. de usurp. & usuc. & ne possessores semper cogantur metuere res sua repetitionem.* (3) *quod nulla lex ejusmodi præscriptionem inhibeat.* Verum Myns. *1. obs. 6.* Gail. *2. observ. 18.* & Dd. communiter volunt præscriptionem hic excidere & redemtioni locum esse in perpetuum, (1) *quod retrahere sit res meræ facultatis,* (2) *actio ex pacto retrovenditionis non sit nata nisi ubi pretium ab emptore est oblatum; ergo neque possit ipsi præscribi, utpote nondum nata, arg. l. 13. §. 8. de action. empt.* Neque deest fortassis quod ad hæc reponatur. Nimirum ad I. (1) *retrahere rem absolutæ facultatis non esse, quia alias competeret retrahenti etiam citrà conventionem, qualia sunt quæ jure gentium alicui competunt, ut ire per publicam viam. &c.* (2) *quod retrahere volens actu non possit repetere nisi pretium offerat emptori, idque dependeat ex conventione, d. l. 13. §. 8.* (3) *idem hanc potestatem revocandi tantùm ex pacto habeat, unde obligatus sit ipsi emptor ad restituendum, ipse verò retrahens jus habeat ad rem venditam oblato precio repetendam. Hoc autem jus ad rem hic non magis sit facultatis, ac jus ad rem, & facultas agendi in reliquis contractibus.* Conf. Bachov. *in not. h. ubi dicit, Autorem abuti propositione illa, quod quæ sunt meræ facultatis, non præscribantur.* Ad II. respondendum videtur, *distinguendo inter nativitatem actionis ex vendito & ejusdem exercitium; natam illam esse quamprimùm pactum retrovenditionis contractui est adjectum, per leg. 2. C. de pact. inter empt. & vend. compos. & quod posita causa & effectum poni necesse sit adeoque etiam illi præscribi possit: at exercitium ejusdem non competere, nisi ubi actu pecunia offeratur, d. l. 13. §. 8. sed quod nativitatem ejus consequenter & præscriptioni nequaquam officiat.* Et hoc in puncto juris verius esse multorum sententia est, in praxi autem observatur contrarium, teste Gail. & Myns. *dd. ll.* Verùm enim verò, nec praxis hic rationibus destituitur, etiam juri naturali longè convenientioribus. Ponam enim præscribi actionibus personalibus XXX. annis, hancque natam ex conventione statim, etiam pretio minimè oblato; tamen hoc omne est ex jure civili seu positivo, tam quoad jurium præscriptionem ipsam, quàm quoad tempus definitum. Quidni itaque praxi, seu consuetudine quadam induci possit in uno atque altero contrarium? Quòd & nonnullis in casibus eodem jure civ. obtinet, præscriptionem excludentibus. Et in omni contractu voluntas contrahentium inprimis, ceu regula Lesbia, attendenda est: vendendo autem cum pacto de retrovendendo hoc agitur, ut res empta in perpetuum redimi possit, sive à venditore ipso, sive ab ejus hæredibus. Neque dubium, quin ex partium conventione extendi queat obligatio & actio in infinitum, exemplo *l. quod si §. si quid. de ædil. edict.* ubi habetur, si inter emptorem & venditorem pactum fiat ut quandocunque res emptori displiceret, redhiberetur, posse redhiberi in perpetuum. Quin hactenus res meræ facultatis est redemptio, quod emptor consenserit in facultatem tempore quocunque repetendi mercem venditam pretio oblato, cui itaque excipienti de præscriptione semper obstabit pacti conventi & doli replicatio. Vid. Francisc. Zoannet. *in l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. n. 33. & seqq.* Fabian. de Monte *de empt. vend. q. 7. princ. n. 5. & seqq.* latè Virgil. Pingiz. *q. 41.* Molina *tr. 2. disp. 374. n. 7.* Atque ita mense Octob. anno 1606. ex facto consulti respondere non dubitarunt Dn. Antecessores facultatis, verbis: Wofern dann derselbe Wiederkauff oder Pfandschafft zu erweisen/ möchte dagegen keine Verjährung vorgewendet werden. Solte es aber daran mangeln / so hette der von euch Beklagter deß Keuffers Tilen Ameliungs Sohn sich mit verlauff so langer Zeit/ fürnemlich weil kein unrechtmessiger Titul und Ankunfft sich noch zur Zeit/ wie obgemelt/ sehen lesset/ darumb auch kein mala fides zuvermuhten sein kan/ wohl zu beschützen: würde aber etwas mehr als noch erscheinet/ gegen den Beklageten fürgebracht und erwiesen werden / dann er sich mit fürwendung seiner Unwissenschafft & bonæ fidei beschützen wolte/ köme ihm als dann nach befindlicher beschaffenheit der Sachen dasselbe mit einem Ayd zu beteweren/ wol uffzulegt werden. V. R. W. Cæterum pactum de retrovendendo pluribus modis fieri potest 1. in gratiam *solius venditoris* v. c. si vendas domum ea lege, ut quando pretium idem solveris, tibi reddatur 2. in favorem *solius emptoris*, ut si emas ita, ut reddità venditori domo, debeat ipse pretium tibi reddere. 3. in gratiam *utriusque*, ut quando venditor reddiderit pretium, reddatur ei res vendita & contra, ubi emptor reddiderit venditori rem emptam & pretium reddatur. Omnes hi modi liciti sunt quamvis primus sit frequentior, *arg. c. ad nostram de empt. vend.* & sicut quis potest non vendere aut non emere; ita & venditionem vel emptionem limitare cæteris paribus non prohibetur. Vid. Molin. *d. tr. d. 375.* Covarr. *3. var. resol. 9. n. 3.* Less. *l. 2. c. 21. d. 14.* Filliuc. *d. tr. c. 8. n. 13. & seqq.* de Lugo *d. 26. sect. 13. §. 1.* Denique ad retractum ut quis excludatur, quid requiratur, vid. penes D. Mev. *p. 2. d. 252. & seq.* quandiu ipse locus relinquatur, *p. 2. d. 251. p. 5. dec. 23.* qui semel renunciavit, an ad eum redire queat, *p. 2. d. 253.* in quibus retractus locum habeat, *2. dec. 254.* quando conductori ex adjecto pacto competat contra emptorem qui cum locatore contractum venditionis init. *2. dec. 300.* retractus jus non abdicatum censendum ex sola venditionis non oblatæ conditione, *3. d. 324.* retractus jure controverso cujus sit reparare ædes, &c. ibid.

Pacto retrovendi non præscribitur.

Pactum de retrovend. sit tripl.

Conveni. tu nat.

Additio.

* * *

TITULUS VI. C.4.48.

De periculo & commodo rei venditæ.

1. *Perfecta venditione periculum pertinere ad emptorem.*

PErfecta venditione periculum rei ad emptorem pertinet, *l. necessario 8. h. t.* ut & commodum, *l. id quod 7. hoc tit.* Itaque si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum *l. 1. in prin. h. t.* cum enim venditor sit debitor speciei, meritò ejus speciei periculum ad emptorem cui debetur pertinet, *l. si ex legat. 20. in. 23. ubi Dd. de verb. oblig.* nisi in mora venditor fuerit, *l. illud 17. hoc tit. l. quod te. 5. si cert. pet.*

2. *Quando intelligatur perfecta venditio.*

Necessario igitur sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim intelligemus, cujus periculum sit. Perfecta autem intelligitur, cum de precio convenit, & id quod venit apparet, quid, quale, quantumque sit, ac purè venit, *d. l. necessario.*

3. *Explicatur difficultas de gustatione vini & mensuratione.*

Nec enim priusquam vinum gustatum fuerit, venisse dicendum est: quia difficile est, ut quisquam sic emat, ut non degustet, *l. 4. §. fin. ver. et difficile. h. t.* nisi aliud actum sit, *l. si vino. 15. h. t.* & proinde venditoris erit periculum donec gustetur: post gustationem autem emptor periculum sustinet, qui vinum probavit, quia consensum est in corpore & qualitate: nisi forte ad certam mensuram emerit, ita ut in singulas amphoras certum pretium sit statutum. Hæc enim emptio generis esse videtur (cujus interitus non liberat debitorem, *l. incendium. C. si cert. petat.*) non speciei, & hanc habet conditionem. Ut quantum admensum fuerit, tantum sit emptum. Itaque usque ad mensurationem ad venditorem periculum pertinet, non quidem qualitatis, puta acoris aut mucoris (nam illud post gustationem emptori impendet, cui amplius improbare non est integrum, *l. si in emptione. 34. §. alias. sup. de contrah. emp.*) sed substantiæ, ut si vinum pereat, non emptori, cui nihil est admensum, sed venditori pereat. Ita intelligenda conciliandaque sunt jura, quæ hac de re varie loquuntur. *d. §. alias. d. l. quod sæpe. 35. §. fin. sup. de contrah. emp. l. 1. l. 4. §. fin. d. l. 34. l. si vino. 15 h. t.*

4. *Cujus periculum sit in conditionali emptione.*

Porro si sub conditione venit, siquidem deficit conditio, nulla emptio est: quod si extiterit, retrotrahitur ad tempus contractus, unde emptoris esse periculum deteriorationis hoc casu constat, non vero interitus: nam si pendente conditione res intereat, perimitur emptio: cujus existere conditio non potest. Quia ut rei non existentis nequit fieri, ita nec confirmari aut convalescere emptio. Quare perit venditori res, non emptori, *l. necessario. h. t.* cui necdum erat debita, utpote imperfecta adhuc venditione. *l. cedere diem. 213. de verb. signific.* Sanè in conditionali emptione si conveniat: ut res emptoris periculo servetur, puto pactum valere: *l. si in venditione. 10 h. t.* quemadmodum & contra valet, si perfecta venditione se periculo venditor obstringat, *d. l. 1. in princ. h. t.*

5. *Quid in contractu aversionis.*

Quamobrem si aversione vinum venit, hoc est, ut qualecunque & quantumcunque esset sine ulla degustatione aut mensura sit venditum, omne periculum in emptorem redundat, qui ad se ejusmodi emptione illud advertit. *d. l. 4. §. fin. d. l. si vino. h. t. vide sup. de except. act. & inst. locat.*

6. *Quid in emptione in diem.*

Sed quid in emptione in diem servabimus? Et sanè si traditioni tantum dies adjecta sit, cum perfecta & pura sit venditio, §. 1. *Inst. t. de verb. oblig.* emptoris erit periculum: *d. l. 1* sin ipsi venditioni, ut si dies degustationi præstituatur, venditoris: quia sub conditione contractum esse videtur.

7. *Venditorem custodiam & culpam præstare, non casum*

Etsi autem periculum non sustinet venditor, sicuti diximus, emptione perfecta: tamen custodiam usque ad traditionem præstare debet: *d. l. 1. in princ. & l. 2. in fin.* non qualem suis rebus adhibet, sed pene quam si quibus res commodata est, aut quia alioqui versantur in re aliena, *d. l. 2. 3. & 4.* Fatale tamen damnum aut casum non præstat, ne incendium quidem, vel furtum quamvis difficile est alterutrum sine culpa & negligentia admitti, dummodo quam debeant homines frugi & diligentes custodiam, ipse præstiterit. Non enim si servorum negligentia quid commissum est, continuo dominus in culpa erit. *l. si vendita. 11. h. t. l. quod sæpe. 35. § si res vendita. sup. de contrah. empt.* Quod si probetur ipsius culpa, meritò ex bona fide tenebitur: ut si cum sciret vinum, non esse duraturum, emptori nihil renunciaverit ut tolleret *d. l. si vino. 15.* aut si in mora tradendi fuerit. *d. l. 4. in prin. d. l. illud. 17.*

8. *Quid si in mora accipiendi emptor.*

Quid ergo si emptor in mora accipiendi sit, ut puta si per eum stet, quo minus vinum mensuretur aut tollatur, an ultimam custodiam præstare venditor debet? Etsi quidem dies præstitutus sit post illum denunciabit emptori, ut tollat: quod ni fecerit, licet illi etiam vinum effundere, si vasis forte suis habeat opus idemque juris arbitror, si quamvis nulla die præstituta, tantum tempus effluxerit, quo tolli commodè vinum potuit. Denunciabitur enim emptori ut tollat: quod si cesset, liberatur omni periculo, etiam custodiæ, venditor: ac si velit, vel per corbes quibus olim mensurabatur, effundere vinum, aut quod humanius est, quanti sua interest, vinum tolli, postulare potest. *l. 2. circa finem, l. 4. §. fin. h. t.*

OBSERVATA.

Perfecta emt. peric. rei vend. est emptoris.

N. I. *Periculum rei ad emptorem*) (1) per §. 3. *de empt. vend. l. 34. §. penult. de contr. empt l. 7. 8. 11. h. t.* (2) quia perfecta emptione omne commodum ad emptorem pertinet, *d. §. 3. & l. 7. h. t.* (3) quod perfecta emptione nihil imputari possit venditori, si res vendita perierit, sed saltem ipsi emptori cum potuerit statim offerre precium, & rem accipere salvam, *l. 3. §. 8. de action. empt. junct. l. 143. de V. S.* (4) quia venditor perfecto contractu saltem præstat culpam, *l. 5. §. 2. commodati l. 23. de R. J.* non ergo etiam periculum, Bachov. *in not. hic.* Vid. Timæ. Fab. *disp. anniv. 24. th. 4.* add. (5) quia hæc actum initio inter contrahentes, ut dominium à venditore abscederet & transiret in emptorem. Diss. Cujac. in *tr. ad Afri. 8. in l. 33. loc.* putans ante traditionem periculum esse venditoris, maximè propter *d. leg. 33.* ubi venditor emptori pretium restituere tenetur publicato fundo ante traditionem. Verùm re spondetur, hic fundum non periisse sed subesse tantùm quandam difficultatem circa traditionem, cum auctoritate Principis publicatus fuerit, seu militibus assignatus, *l. item si. 15. de R. V. l. 11. de evictio. Emund. Merill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 26.* Atque juxta hanc sententiam subinde etiam pronunciari indubium est. Ita Dn. Antecessores Jurid. Facultatis in Acad. Julia, anno 1614. d. 28. Febr. ad Joh. Drönen civem Magdeb. verbis: Daß nach dem über angeregten Weitzen am 13. April. anno 1613. geschlossenen Kauffe/davon berührtes Schreiben meldet/ die Gefahr/und daß den 18. erstgemelten Monats in dem allgemeinen Brandschaden zu Magdeburg derselb mit-uffgangen/der Keuffer Simon Elvers/ nach außweisung der Rechte und wann hierin zur guete nicht ein mittelweg zutreffen/über sich gehen zulassen: und euch an bezahlung deßfals ein begnügen zu thun schüldig sey V. R. W.

An hæc conveniant juri nat. Aff contra Grot.

Utrum verò isthæc juri naturali conveniant, in dubium vocat Hugo Grotius *l. 2. c. 12. num. 15.* statuens commenta juris Romani esse *quod res periculo emptoris est, quodque ad eum fructus pertinent antequam dominium transeat*; & plerisque legum conditoribus placuisse, ut ad traditionem usque res commodo & periculo venditoris sit, juxta Theophrastum *apud Stobæum, tit. de leg.* Verùm rectiùs longè de hoc Molina *d. tr. d. 366. n. 11. hujus autem rei,* inquit, *non ea est ratio; quod per talem empt. dominium rei venditæ transferatur ante traditionem, atque ita pereat ei tanquam domino, ut sentire videtur Sylvester in summ. v. emptio q. 2. princ. 4. & innuunt quidam alii. Legitima ergo ratio est, quia ita* consentaneè ad rectam rationem *jura disposuerunt. Cum enim venditor perfecto eo contractu solùm constituatur debitor rei determinatæ ac singularis, ad eamque solam jus acquirat emptor pro pretio,*

pretio, merito est sancitum, ut si illa casu aliquo deterior reddatur aut omnino pereat; periculum totum sit emptoris, venditorque liber à debito maneat. Hæc Molina, cum quo facit & Filliuc. *d. tr. 35. c. 8. n. 176.* dicens id *juri naturali conformius videri*, Less. *l. 2. c. 2. d. 12.* Neque apud Stobæum *loc. cit.* disertè habetur quod affirmat Grotius. Quamvis autem certum sit, apud Ebræos Græcosque peric. & comm. rei venditæ non potuisse emptoris esse ante traditionem, quod contractus hic re perficeretur: sufficit tamen tuendæ legi Romanæ, quod ex aliis causis quàm dominio (quod eodem quoque jure ante traditionem venditoris est) justè statuerit, peric. & comm. ad emptorem pertinere: Quandoquidem enim hic contractus consensu perficitur, statim quoque jus rei petendæ dato pretio habet emptor; ubi itaque non avocat rem in individuo determinatam, iniquum est damnum esse venditoris, qui absque omni culpa est, paratusque semper rem tradere pretio soluto. Secus erat lege aliarum gentium, quà ante traditionem nullum planè emptori jus esse potuit. Hinc Joh. de Lugo *d. 26. sect. 14. §. un. Ratio autem est*, ait, *quia licet dominium in empt. non transeat ante traditionem, solutoque pretio vel fide de eo habitâ, leges tamen voluerunt, ut naturali rationi consonum, ut peric. sicut & commodum rei venditæ pertineat ad emptorem, quia venditor solùm tenetur actione personali ad rem illam tradendam; quare pereunte re cessat ejus obligatio: contra verò emptor actione personali tenetur ad dandum pretium, si illud adhuc non solvit: quare cum illud dare possit, non cessat ejus obligatio.* It Lug. Vera autem sunt hæc de re vendita in individuo determinata; secus est in indeterminata. Videtis Molinam *d. tr. 366. & 367.*

TITULUS VII. Cod. 4. 55. 57.

De servis exportandis: vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contrà.

1. Continuatio.

Quia nihil olim erat frequentius (ut & hodie apud Turcas) venditionibus servorum: earumque venditionum pactis: ideo tractatus de his hoc loco peculiaris est institutus.

2. Quæ pacta venditionibus servorum solebant apponi.

Solent autem cum his actionibus conditionibusque mancipia distrahi. Ne quo loco morentur, ubi venditori nocere possint: Ut in alias terras exportentur. Ut manumittantur post tempus, aut contra. Ut ne prostituantur, &c. ac ni pactis steterit, ut certa pendatur pœna, vel sit manus injectio: id est, liceat priori domino injecta manu tanquam suum mancipium vendicare. *l. 1. & t. t. C. si mancipium ita ven. & l. 2. & t. t. C. si servus exportandus veneat. l. Titius. 9. cum seq. h. t.*

3. Vis horum pactorum.

Id genus pactorum non erat improbatum, ex iisque agi poterat, quod emptionis aut pretii pars essent, *l. si venditor. 6. §. fi. h. t. l. fundi partem. 79. sup. de contrah. empt. l. si sterilis 21. §. pen. eod. tit. t.* adeo ut cessantis venditoris vice fiscus fungeretur, *l. 1. 2. 3. C. si servus export. and. l. veneat.* At si de manumittendo erat conventum, tantopere libertati leges favebant, ut nisi ex pacto emptor manumitteret, servus constitutionibus ipso jure libertatem nancisceretur. *l. 3. h. t. l. 1. & t. t. C. si mancipium ita fuerit. alien. ut manumittatur l. divus. 5. de in rep. patron.*

4. Cujusmodi pacta in hoc genere non valuerint.

Planè illa pacta, in quibus sola turpitudo aut crudelitas inesset, crediderim non valuisse, ut si quis mancipium hac conditione venderet, uti prostitueretur, aut objiceretur bestiis, aut crudeliter sine causa tractaretur, *d. l. si venditor in fin.* Nec enim est malitiis hominum indulgendum. *l. in fundo 18. sup. de rei vend.* Et cum beneficio homines, non injuriis affici ab hominibus oporteat, *l. ut vim h. t.* consentaneum non est, ejusmodi pactionum, a quibus humanitas & honesti ratio abhorrent, ullam fuisse vim aut obligationem, *l. generaliter. 26. de verb. oblig.* In eo tamen valuisse arbitror, ut liceret petere. Quanti minoris eo nomine mancipium venditum fuisset, tanquam interesse pecuniarium, idque velle videtur J. C. *in d. l. si vendit. in fin.*

OBSERVATA.

N. I. *Earumque venditionem pactis*) Pacta quorum hic mentio fit sunt de empt. venditionis adminiculis & pariunt ex vendito actionem personalem. Vide de illis, si placet, Bachov. *h.* Hodie eorum quidem nulla est utilitas. Major ratio habenda nunc aliorum.

Pacta alia in emt. vend. usitata.

Ejusmodi est *pactum ad corpus vel mensuram.* Illud est quando simul mentio fit rei & quantitatis ejus tanquam signi & demonstrationis. v. c. vendo tale prædium quod est x jugerum. Hoc, ubi quantitas rei exprimitur non tanquam demonstratio sed tanquam restrictio venditionis, v. c. vendo tibi ex tali prædio x jugera. Quandoque additur pactum *ut emptor venditori præstet quotannis certam mercedem quamdiu pretium non solverit.* Quod conforme naturæ contractus, cum emptor fructus percipiat. Ubi tamen frequenter adjicitur clausula dominii interim reservandi. *atque tamdiu habeatur res vendita titulo locationis*, sec. *l. 78. §. de contr. empt. l. 5. §. 18. de trib. act.* Eodem pertinet pactum *venditæ equæ prægnantis, ut si masculum pariat is sit emptoris, si fœminam, venditoris*, quod de Bar. *in l. si extraneus. de cond. ob turp. caus.* Fab. de Monte *d. tr. q. 7. n. 14. v. sequitur & seqq.* Filliuc. *d. tr. c. 7. n. 15.* post Molinam *tr. 2. d. 367.* Alia quoque sunt pacta injusta ratione pretii, vel personarum contrahentium, vel aliunde. Ita injustus est contractus, *si quis in autumno pretio tunc usitato emat C. oves, ut venditor eas servet usque ad mensem Junium, & fructus interim ad emptorem pertineant; periculum vero ad venditorem.* Item si addatur pactum, *ut in Junio venditor eodem pretio redimat oves*, postquam emptor toto illo tempore fructus lucratus est absque ullo periculo. Similis farinæ sunt hæc, *si emas pretio hodierno C. oves indeterminatè, tradendas tibi postea ubi plus valebunt: si emas triticum pretio quo nunc valet, sed tradendum ubi spes est plus valiturum.* Utroque enim casu pro anticipatâ pretii solutione venditorem cogis subire periculum rerum interim fortè perdendarum. Nec dissimile hoc, *si emas triticum pretio nunc recepto, sed tradendum tibi quando valebit minus*, quod pactum injustum est ex parte venditoris (1) quia intercipitur venditori utilitas lucrandi pretium; tenetur enim exspectare usque dum triticum vilius vendatur (2) tenetur & triticum (quod species in vendita) ultra quàm par est conservare. Nec non *si ematur v. c. lana pretio tempore contractus planè non determinato*: secus est si lana ematur anticipatâ solutione pretii minori quàm valeat tempore traditionis. Possunt enim emptores pretio accepto statim lucrari; quia communis indigentia (maximè si ultro se offerant venditores) minuit pretium, aliàs si lana emeretur omnis numerata pecuniâ tempore tonsionis, vilius emeretur propter earum multitudinem & emptorum necessitates: Salas *d. q. p. m. 83.* Quo de consulti Dn. Antec. Facultatis responderunt Consiliarius Anhaltinis Zervestam, anno 1633. d. 29. Jun. verbis: Daß zwar gedachter Wollhandler vergleichung kein Monopolium außdrücklig mit sich führet/ weil jedoch ihnen nicht gebühret sothane Vereinbah-

rei corporalis omittens. Illa autem insuper quintò & specialiter requirit pretii solutionem, *d.* §. 42. quia hæc est mens contrahentium, ut statim pretium pro merce accipiant, *unde sub tacita hac conditione semper contractum intelligitur, atque l. 8. de reb. cred. l.* 3. *de pignor. act.* Ubi itaque res tradita pretio non soluto, nec possessio nec dominium translatum intelligitur. Excipitur (1) nisi alio modo satisfaciat emptor pretii nomine, vel (2) venditor de eo fidem habeat. Illud fit si volente venditore emtor expromissorem det, pignus, fidejussorem, aut alio modo satisfaciat. In altero Romani diversi fuerunt à Græcis, præsentem pecuniam requirentibus, ut dictum *supr. n.* 10. Fides autem nostro jure habetur, juxta Schneidvv. *ad d.* §. 42. *n.* 1. dupliciter, (1) quando venditor certum terminum statuit solutionis, daß die Kauffgelder auff termine oder Tagzeiten sollen erleget werden. *arg. l.* 1. *C. de pact. inter empt. & vend. composi.* (2) si rem simpliciter tradat emtori, quod tum, ceu in casu dubio, videatur sequi fidem emptoris. Unde idem *d. loc.* porrò distinguit, *an venditor permiserit rem exportari, non misso nuntio cum re*; an verò *non permiserit, vel nuntium una miserit*, ita ut priori casu videatur fidem emptoris sequi & transferre in eum dominium, non verò casu posteriori. Quamvis autem existimet Autor hic *vers. quod si.* ex simplici traditione mercis præsumi fidem habitam, & sequatur Bachov. *in not.* contrarium tamen verius est, ut rectè Jub. Fab. & noster Wesenb. *ad* §. 42. *Inst. de rer. div.* per dictum textum; *quod vendita res & tradita emptori acquirantur non aliter, quam si is pretium solverit, aliove modo satisfecerit, vel venditor ipsi fidem de pretio habuerit.* Nec officit, quod secundum Aut. *hic, eo ipso dum simpliciter tradit venditor, intelligatur fidem de pretio habere*; Quia licet tradat, nisi prædicta intervenerint, dominium non transfertur, *dicto* §. 42. At negatâ translatione dominii re simpliciter traditâ, negatur etiam tradendo fuisse fidem habitam; cum negato consequente, negetur etiam necessariò antecedens: &, si simpliciter tradendo fides censeretur habita, malè negasset Imp. *in d.* §. ex simplici traditione dominium transferri, cum aliàs positâ causâ, & effectum poni necesse sit, §. 41. *eod.* Multò minus contrariatur quod Bachov. *in not.* vult, *in dubio de pretio fidem habitam, & dominium translatum censeri ex conditione hujus contractus, qui sit modus & titulus transferendi dominii*: Quippe conditio hujus contractus *specialis* est, & *definita*, scil. quod traditione licet interveniente, tamen non transferatur dominium, nisi fide habitâ &c. ergò id ex sola traditione hic argui planè non potest, sed excipienti, quod traditio sit actus dominii translativus, rectè replicabitur hoc verum esse regulariter, hic verò requiri præterea ut pretium solutum aut satisfactum, fidesve sit habita. Quemadmodum itaque ex simplici traditione rei extra hanc causam censetur translatum dominium, ita in hoc contractu ex eadem id translatum non censetur: & conditio illa, *si modò pretium sit solutum*, non excluditur traditione, sed ex natura hujus contractus includitur: potestque ea censeri facta animo implendi contractum, sed ut dixi, *sub tacita illa conditione*. Ut itaque aliàs cui tradita res ex justa causa, pro se habet præsumtionem juris translati dominii, unde alter tenetur probare contrarium: ita hic venditor merce licet à se traditâ præsumptionem juris pro se habet dominii haud translati, *d.* §. 42. Ideoque emptori incumbit probatio fidei habitæ, in facto consistentis, *arg. l.* 16. *C. de prob. l.* 10. *C. de non num. pec.* Atque hæc sententia etiam est Bachovii *in comm. Inst. ad d.* §. 42. *verb. quem sis emptori*, ubi subjicit, Wesenbecium *ad illum* §. contrariam sententiam non immeritò in dubium vocare. Mirum proinde est, qua ratione hic in notis ejusdem Bachovii diversum habeatur. Cæterùm hinc multò magis concluditur, mandatarium haud posse habere fidem de pretio, nisi hoc disertè probaverit. Vid. Mantic. *de tac. & amb. conv. lib.* 4. *t.* 21. *n.* 6.

N. XIV. *Ut dominium transferatur*) Non vera hæc nota est, sed ut diximus *supr. ad n.* 4. tunc emptio vend. est ubi de pretio & merce consensum, ut hæc tradatur i. e. dominium, quatenus fieri potest, transferatur; Nam præcisa dominii translatio non est de substantia hujus contractus. Contra ubi consensum de merce & re, ut hac frui liceat, ibi locatio est conductio, *l.* 8. §. 2. *f. h. junct. l.* 11. §. *de action. empt.* Cæterùm pertinet quoque huc Q. *si quis de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua prædiis alicujus præstare promiserit, & deinde fundum vendiderit, an emptor ad præstationem frumenti teneatur?* Negatur hoc *in l. f.* §. *ult. h. t.* quod actio personalis ex empto fundi possessorem non sequatur, *l.* 1. §. 16. *ad Sen. Treb.* Sed Q. an hypotheca, per verba *de & ex* fundo meo solvere promitto, constituta censeatur? Negat hoc Klock. *tom.* 2. *cons.* 40. Secus est si sermo sit de contractu redituum aut censitico: add. Guid. Pap. *q.* 42. Mornac. & Antumo. *in d. l. ult.* § *f.* Grœnvvegen *ibid.* Nec officere videtur *l. f. C. quæ res pig. obl.* ibi enim per *rerum ad me pertinentium exactionem* satisfactio, non *de vel ex re* solutio erat promissa: illa verò rem ipsam non possunt afficere, quæ ad exigendum, satisfaciendumque supponuntur: at de vel ex re sua potest debitor præstare frumenta vel usuras, etiamsi illa res non sit hypothecæ supposita.

Excep.

Quom. fides habeatur de pretio.

Non id intelligitur ex traditione insecuta.

Q ex l. f. h. t.

TITULUS II.

De in diem addictione.

I. *Continuatio: & quid sit addictio.*

ET hæc quidem in genere de Emptione & Venditione, nunc quædam specialius exequamur. Ac quia pactis hunc contractum variari paulò antè judicatum est, ideò videamus de duabus pactionibus, quæ frequenter addi solent: videlicet de In diem addictione, & Lege commissoria. Addicere, secundum Festum, est idem dicere: ut prætor exequendo & approbando, ac eandem quasi, quam judex datus ante tulerat, sententiam dicendo, rem addicit ei secundum quem fuit pronunciatum. Hoc verbum post translatum est ad Auctiones publicas, ubi pluribus ementibus non statim perficitur venditio, sed post certum tempus, puta 30. dierum, addicitur illi qui plus licitatus est: *l.* 4. *& tot. tit. C. de fid. instr. & jure hast. fiscal. lib.* 10. Nam licitatores ex sua oblatione singuli obligantur, nisi alius quispiam post meliorem conditionem attulerit. *Bart. in l. locatio.* 9. *num.* 4. *de publican.* hæc res postea a publicis hastis ad venditiones privatas traducta est, cum ita res venditur, ut non statim addicatur, sed servetur futuris licitatoribus certum tempus, ut meliorem conditionem offerre possint. Ita venditio quidem statim contrahitur, sed addictio fit in diem: hoc est, differtur ad certum tempus rei datio, ut interea meliorem conditionem alius offerat. Addicere enim etiam Dare significat. *Cujac. lib. obs.* 4. *c.* 15.

2. *Quomodo contrahatur in diem addictio.*

In diem addictio ita fit: Ille fundus esto tibi centum emptus, nisi quis intra Calendas Jan. proximas meliorem conditionem fecerit, id est, attulerit, quo res à Domino, videlicet emptore abeat, *l.* 1. *h. t.*

3. *Vis & effectus hujus conventionis.*

Hæc venditio pura est, nisi aliud sit actum, quæ resolvitur sub conditione. Ubi melior in diem conditio allata est. Unde omne periculum, lucrum & damnum interea temporis ad emptorem, utpote dominum, *l.* 2. *verb. res à domino abeat h. tit.* pertinet, *l.* 2. *&* 3. *hoc tit.* una cum fructibus, siquidem pura fuerit venditio, *l.* 2. *&* 4. *hoc tit.* quod tamen verum est, quoties non

gitur

offertur melior conditio, nam eâ ablatâ, rescinditur prior venditio, eoque & fructus venditori refundendi sunt, *l. etiam. 6 l. Imperator. 16. h. t.* tanquam rescisso contractu. *l. illud. 19. §. de in diem addict.* etiam nunc cum emptor meliorem allatam conditionem ipse acceptat & implet, excluso offerente. Intelligitur enim a primâ emptione, recessum, & contracta nova, *l. ab emptione de pact.* cum pretium aliud, nempe Oblatum majus intervenia: *l. jurisgent. 7. §. adeò de pac.* unde fructus ex priore emptione quæ nulla est, debeti & retineri ab emptore non possunt *d. l. item. 6.* Ut nec pecunia ejusque fructus a venditore *gl. in d. l. 6. verb. venditore.*

melior conditio adferri.

4. *Quando dicatur*

Melior autem conditio afferri videtur, si vel pretio fit additum, vel solutio facilior aut maturior, vel quid utilius venditori afferatur. *l. 4. §. fi. cum ll. seqq. h. t.* Licet autem venditori, meliore allatâ conditione, addicere posteriori, nisi paratus sit plus adjicere prior: hoc est, plus quam ante obtulit, nempe tantundem quantum nunc ab alio offertur: quod ut facere possit, necesse habebit venditor priorem emptorem facere certiorem, ut si quis alius adjecerit, ipse quoque adjicere, & licitando vincere possit. *l. item. §. fin. cum 2. ll. seqq. h. t.*

Idque obtinet, cum revera offertur melior conditio, non quando per simulationem emptor subjicitur. *l. ubi autem. 4. §. cum igitur. h. t. Ias. in l. quis Romæ § coheredes nu. 27. de verb. obligat. & in l. fin. nu. 21. C. de jur. emphyt.*

5. *Quid sit addicere, unde hæc conventio nomen habet.*

OBSERVATA.

In diem addictio; Pura,

N. II. *In diem addictio*) Inprimis ad hunc titulum notandum, quot modis fiat addictio. Contrahitur illa vel purè, vel sub conditione, *l. 2. prin. h. t.* Illo modo: *res tibi esto. X. empta, nisi intra decem dies melior conditio fit allata, d. l. 2. vers. nam siquidem.* Hoc modo sic: *si intra X. dies nemo attulerit meliorem conditionem, res tibi pro X. empta erit, & perficietur contractus, d. l. 2. vers. sin autem hoc actum est.* Neque obstat, quod & priori casu adjecta sit conditio. Nam conditio alia est *resolutiva*, alia *suspensiva*; Si illa adjecta contractui, dicitur is magis sub conditione resolvi, quàm sub conditione contrahi, quia exitu est conditionalis, initio pura. Sin hæc, contractus ab initio est conditionalis, & perficitur demum existente conditione. Vid. Gothofr. *in d. l. 2. lit. H.* Bachov. *in not.* Gl. *in d. l. 2.*

Conditionalis.

Effectus puræ in diem addictionis.

N. III. *Unde omne periculum*) Rectè distinguit Author quoad effectum in diem addictionis, inter puram addictionem & conditionalem, seu in specie sic dictam. Illius effectus est quadruplex, (1) *in actionibus empti.* quibus qui contraxit emptor interea experiri potest, (2) *in fructibus* & accessionibus lucrandis, (3) in *usucapione* rei, & (4) in periculo ejusdem sustinendo, *d. l. 2. §. h. t.* De hac eadem verò pura addictione minus rectè dicit Autor eam resciodi oblatâ meliori conditione, rectiùs posuisset *resolvi*; nam oblatâ conditione meliori, retrò nihil actum fuisse intelligitur, & emptio pro nulla habetur. Resolvitur autem prior emptio, *etiamsi res sit tradita*, quamvis nullâ intercedente retrotraditione. Et eidem porrò consequens est, (1) Quod venditor emptori pretium refundere teneatur, *arg. l. 6. h. t.* item meliorationes, sive impensas necessarias *l. 16. eod.* (2) Quod emptor teneatur fructus restituere, quos usque ad resolutum contractum percepit, *d. d. ll. f. de jur. fisc.* Idque verum est non modò, si tertius meliorem fecerit conditionem, sed & ut ipse emptor, per *text. in dict. l. 6. §. 1. h. t.* neque enim hoc casu emptio continuata videtur. ut censet Bachov. *in not. quod oblatio, quæ. non habuit effectum, pro nulla habeatur*: Nam conditione allatâ meliori, ipsa resolvitur. *h. l. 2. ubi. quæ sub conditione resolvitur. h. t.* At ubi emptor ipse tantundem solvit quantum tertius, melior conditio allata est. E. Ratio rationis elegans illa est, quam Autor suppeditat, *quod dum recessum ab emptione constituto novo pretio, novus etiam sit celebratus contractus, l. 88. d. pact. l. 72. de contrab. empt.* Repetit autem fructus perceptos venditor per condictionem sine causa: Verùm illud quæritur, quosnam fructus emptor restituere teneatur? Equidem sunt qui putant nullos omninò restituendos, quod fructus, quos percepit nondum resoluto contractu, interim suos fecerit, *l. 2. §. f. h. l. 2. §. 4. pro empt.* Sed rectiùs dicitur omnes perceptos & exstantes & consumptos restituendos esse, per *l. 4. §. 4. h. l. 6. & 16. eod.* ubi in genere fit mentio perceptorum. Neque officit, quod b. f. possessor fructus exstantes irrevocabiliter suos faciat, *l. 22. C. de de R. V.* Respondetur enim (1) resoluto contractu nec amplius esse emptorem & venditorem, ideoque ut merx est restituenda, ita & accessiones ejus. (2) quemadmodum purè facta initio emptio continet, quod emptor possit fructus & accessiones lucrari, ita tacitè quoque actum intelligitur, quod annullato contractu & accessiones sint restituendæ, petique possint actione personali ex contractu, *arg. d. l. 2. §. f. h. t.* ne alter cum alterius damno, contra moralia principia locupletior evadat. Videsis Coras. 3. *misc. 9. n. 4.* & de tota materia latissimè agentem Manticam. *d. l. 4. 4. 27.*

Effectus resolutæ in diem addictionis.

Q. Si emptor ipse resolvat.

Quos fructus restituat emptor.

TITULUS III.

De lege commissoria.

SED & lege Commissoria venditiones celebrari solent; hoc est, ut nisi intra certum diem pretium exolvatur, inempta res fiat, *l. 4. h. t. Paul. lib. 2. sit. 13. ubi Cujac. l. si hominem. 19. de usucap.* quod pactum vocatur Lex, nam pacta leges sunt contractuum, *l. 1. §. si convenias deposit. l. contractus. 23. de regul. jur. l. jurisgent. 7. 4. adeo de pact.* & quidem Commissoria: quia nisi solutio ad diem fiat, propter moram & commissum res habetur pro inempta. Cum igitur lege commissoriâ venditur, magis est ut sub conditione Resolvi contractus, quam sub conditione contrahi videatur. *l. 1. h. t.* Committitur autem, si emptor, quamvis non interpellatus, pretium suâ die non afferat *l. 4. § fin. h. t.* Dies enim interpellat pro homine *l. magnam. C. de contrah. stipul.* nisi emptor justas causas probare possit, quibus impeditus sit in explicanda ad diem solutione. Porrò commissa pactione, est in potestate venditoris, utrum legem Commissoriam exercere, an pretium petere velit. *d. l. 4. § elegantér.* nam in ejus commodum & favorem hæc pactio additur *l. 2, & 3. h. t.* cui renunciare non potest. *l. pen. de pact.* Altera tamen via electa, amplius variare nequit: *d. §. eleganter. & l. penultim hoc. tit.* quia electione jus quæritur emptori, quod variatione venditoris interverti illi nequit: *l. apud Aufidium. de optio. lega.* Commissoria autem electa, emptor restituere fundum, utpote jam inemptum, cogitur: amittitque quod arrhæ aut alio nomine, puta pretii, dedit, *l. sed, etsi 25. in princ. de petit hered.* idque in pœnam moræ, & propter verisimilem contrahentium voluntatem, nisi aliud actum appareat. *l. lege: 5. in princ. d. l. 4. §. sed quod h. t.* Quod iniquum videri non debet, cum econtrario emptor fructus interea perceptos hoc casu lucretur: *d. l. 4 §. 1.* alias non lucraturus utpote resolutâ emptione, ut supra dictum est *ad titul. praeced.* Nam quando emptor non amittit pretii partem, tunc nunquam lucratur fructus, rescissa ob non solutum integre pretium venditione, *Bald. in l. si fundus 4. hoc titulo.*

OBSERVATA.

Effectus adjecti pacti commissorii.

N. I. *Committitur autem*) Ubi sub lege commissoria celebratus est hic contractus, emptor, ut aliàs, simplici empt. venditione perfectâ, & actionem empti habet, & fructuum emolumentum, idemque periculum sustinet, *arg. l. 4. §. 2. l. 3. 6. h. arg. l. 2. §. 1. tit. praeced.* pactum enim hic adjectum non conditionalem, sed puram facit venditionem. Ubi autem committitur emt. vend. h. e. emptor pretium haud offert, potest *res* vendita repeti, vel actione venditi, vel rei vindicatione, *l. 4. C. de pact. inter empt. & vendit. compos.* quia resoluto contractu dominium ipso jure ad venditorem revertitur citra retrotraditionem, *arg. l. 3. 4. 5. & l. fin. h. t.* *Fructus* quoque restituere tenetur emptor, si nihil pretii solvit, quando enim aliquid dedit, fructus perceptos, si velit, lucrari potest, & concedere, ut venditor pro illis partem pretii retineat, *l. 4. §. 1. h. t.* quae *l.* ideoq; sine dubio ita intelligenda, modò emptor etiam fructus perceperit, & illi pretio dato sint aequales. Vid. Gothofred. *in d. l. 4. §. 1. & Bachov. in not.* Maestert. *de leg. commissor. q. 4.* Mantic. *d. l. 4. t. 28. q. 4.*

TITULUS IV. C. 4. 39.

De haereditate vel actione vendita.

1. Continuatio.

SUprà dictum est, jura quoque incorporalia, ut sunt Haereditas & actiones vendi posse, sed quia in harum rerum venditione quaedam sunt Singularia, de illis est dicendum.

2. Singulare in hac venditione primum, quod necessum sit mortuum esse, de cujus rebus haereditariis agitur.

Atque in primis, si haereditas vaeneat, necessum est mortuum esse eum de cujus haereditate agitur, altoqui nulla erit venditio: quia in rerum natura non sit, quod vaenierit. *l. 1. h. t.* Haereditas enim viventis nulla est. *Gloss. in d. l. 1.* Oportet itaque verè subsistere haereditatem: nec enim alea emitur, ut in venatione. *l. cum haereditatem, 7. h. t.* nam Pacta de haereditate viventis inita improbantur *l. fi. C. de pactis l. donari. 29. al. in t. quidam §. fi. de donat.*

3. Singulare secundum quod venditor non tenetur de evictione.

Deinde venditor haereditatis, non sicuti reliqui venditores, tenetur de evictione rerum Singularium, quia non tanquam dominus, sed ut haeres vendit. Sufficit igitur haereditatem praestare, qualem adiit, non etiam rerum particularium dominium, *l. 1. C. de eviction. l. 2. in prin. h. t.*

4. Tertium quod emptor vice haeredis sit, & actiones utiles habeat.

Tertiò, inter emptorem & venditorem haereditatis id agi intelligitur, ut neque Plus, neque Minus juris habeat emptor, quam apud haeredem futurum esset, *d. l. 2. in pr.* Itaque omne emolumentum, omneque periculum rerum perfecta venditione ad emptorem pertinet. *d. l. 2. §. sicuti 9.* Vicem enim haeredis obtinet, *d. l. 2. §. fin.* & contra quicquid ex haereditate pervenit, perventurumque est, & actiones earum rerum, quae nondum pervenerunt, praestare illi venditor debet: *d. l. 2. §. pervenisse 4.* quanquam & suo nomine intentare. Utiles etiam sine cessione emptor possit. *l. emptor. C. eod.*

5. Venditionem ejusmodi non mutare causam debitorum.

Sed quod dixi, Vicem haeredis obtinere emptorem, respectu venditoris intelligendum est. Nam quod ad creditores attinet & legatarios, eorum jus contrahendo, debitor haeres tollere aut mutare non potest, *l. debitorum. 25. cum l. seq. C. de pactis l. 3. sup. fam. hercisc. cum simil.* nec in aliam personam transferre obligationem, quam adita haereditate sponte suscepit *1. §. haeres. Inst. de obli. quae ex quasi. cont.* quasi contrahendo, *d. §. haeres* Unde rectè a creditoribus convenitur, etiam post jactam venditionem: emptor verò invitus nequaquam, quia nullum negotium cum creditoribus gessit. *l. 2. C. eod.* In haereditate vendita, utrum ea quantitas spectetur, quae fuit mortis tempore: an quae cum aditur haereditas: an ea quae fuit cum haereditas venundaretur, videndum est. Et verius est hoc esse servandum, inquit Ulp. *l. 2. §. 1. h. t.* quod actum est. Plerunque autem hoc agi videtur, ut quod ex haereditate pervenit, in id tempus quo venditio fit: id videatur venisse. Haec verba se cus accipiuntur à Dd. *Gloss in d. l. 2. §. 1. ad verb. venisse.* quem accipi debeant, eaque interpretatio magnis tenebris rem involvit. Non igitur hoc vult J C. (ut rem in pauca conferam) intelligi quantitatem venditam, qualis est tempore contractus, sicut fit in caeteris emptionib. *l. Rutilia 69. l. in lege. 77. sup. de cont. empt.* sed omne id venditum videri, quod ex haereditate ad venditorem, a morte defuncti cui succeditur, pervenit, in id tempus; hoc est, usque ad illud tempus, quo fit venditio. Non enim bona qualia nunc sunt vaeneunt, sed venditur haereditas: hoc est, jus quod defunctus dereliquit *l. haereditas 62. de regul. jur.* Quicquid igitur ex hoc jure pervenit ad venditorem, à morte testatoris usque in tempus venditionis, omne id intelligitur venditum, & est praestandum. Et hoc est quod postea inquit Ulp. *l. 2. §. pervenisse. h. t.* Rerum venditarum ante venditam haereditatem pretia deberi, quamvis ea consumpserit venditor: itemque earum quae sunt donatae. Sicut econtrario sumptus etiam ante haereditatem venditam factos, non venditor, sed emptor sustinet, ad quem & emolumenta pertinent. *d. l. 2. §. si quid publice.* Et haec quidem de haereditate vendita: in qua stipulationes ac cautiones emptae venditaeque haereditatis, olim solebant frequentari: quarum hodie non magnus est usus. *l. in illa 50. de verb. oblig. l. 2. l. si ex plurib. 17. h. t. l. liber §. 1. de stip. servo §. sed quia haeredes in fin. Inst. de fideicom. haer. de quib. vide Cujac. lib. 2. obser. cap. 50.*

6. De nominum & actionum venditione.

Nomina quoque, hoc est, debita vendi possunt, etiam invito debitore, *l. nominis. C. eod. l. 1. C. de novat. & de leg.* sive purè, sive in diem, sive sub conditione debeat. *l. nominis 17. h. t.* Quare in venditione non oportere praestare locupletem debitorem, sed duntaxat debitorem esse, certum est, *l. 4. hoc tit.* Idem de actionibus, tam Personalibus quàm Realibus judicandum, *l. fin. C. eo.* Perindè enim est, utrum quis nomina in actiones vendat, quae sunt nominum exactiones. *l. 3. C. eod. l. venditor 32. h. t.* Haec tamen non aliter quam ante litem contestatam rectè venduntur: litigiosas enim res distrahi, & transferre hac ratione judicium in alium, est interdictum. *tot. tit. C. de litigiosis, & sup. de alien. jud. mutand. causa.* Sed & ante coeptum judicium actiones cum venduntur, usque ad concurrentem solum pretii quo venditae sunt, quantitatem exerceri à redemptore possunt, quod ad cohibendam sycophantarum & calumniatorum insolentiam, qui parvo pretio alienas lites, quamlibet injustas, redimere solent, ut quo jure, quâve injuriâ quid extorqueant, salubriter est provisum. *in l. per diversas. 22. cum. l. seqq. C. mandati.*

OBSERVATA.

N. II. *Improbantur*) Intelligenda hic in specie sunt pacta dispositiva seu dividendae haereditatis, quae regulariter prohibita, *d. l. f. C. de pact.* Exceptio est, si interveniat consensu ejus, de cujus agitur haereditate, vel si in genere sint de haereditate incerti, *d. l.* Conf. Dissertat. nostr. *de jure verum, conclus. 79.*

Vendita haereditate an veniat jus crescendi.

N. IV. *Pervenit perventurumque est*) Hinc quaeritur *an venditâ haereditate & jus accrescendi, quod habet venditor, transeat ad emptorem?* Puta Titius est à Cajo haeres institutus ex semisse, vendidit suam portionem Maevio: post venditionem portio cohaeredis defecit, quaeritur an haec portio accrescat Maevio emptori? Negant Dd. communiter (1) per *l. 2. §. 1. h. tit. in f.* ubi venditâ haereditate ea veniunt, quae fuere tempore venditionis; sed tempore venditionis portio altera non defecerat. E. (2) Jus accrescendi habet persona à testatore alteri conjuncta, *l. 142. de V. S. l. 8. de leg. 2.* At emptor venditori à testatore conjunctus non est. Atque in hanc sententiam, examinatis utrinque rationibus descendit quoque Bachov. *ad Tr. h. th. 12. A. L.* quod

inter contrahentes actum non sit de portione hæreditaria ad emtorem transferenda, juxta princ. hum. Act. 2. cum pretium rei venditæ proportionatum non intelligatur, nisi pars actu quæsita pro vendita haberi possit. Dissentit Mantica *d. l. 4. t. 11. n. 1. v. sed. Bart. & seqq.* Illa hîc affinis quæstio est, *an æs alienum a defuncto relictum, emptor vel venditor solvere teneatur?* Contra venditorem pronunciat Autor hîc 1. quod ipse cum creditoribus aditâ hæreditate contraxerit, *§. heres. de oblig. quæ ex q. contr.* 2. quod emptor actiones hæreditarias invitus non excipiat, *l. 2. C. h.* & quod emptor hæreditatis à creditoribus conveniri nequeat, nisi excusso prius venditore, decisum vide penes Dn. Mevium *p. 2. d. 296.* Verùm *quid si venditor non sit solvendo?* Tunc morali necessitate compelli creditores agere contra emptorem hæreditatis, omninò rationis est 1. *arg. l. 2. §. cum quis debitori h. t.* 2. per *l. 94. §. si rogatus. 1. de leg. 1.* 3. quod, licet ordinario jure conveniendus sit venditor, *l. 2. h. l. 2. C. de leg.* eidem tamen regressus detur adversus emptorem, *dd. ll.* 4. quod commoda omnia in hunc transeunt. Juxta quas rationes in Facultate Juridica Jenensi pronunciatum esse anno 1607. mense Augusti autor est, idem latissimè probans, Arumæus *1. decis. 12.*

Venditor tenetur solvere æs defuncti alienum, exceptio est si non sit solvendo.

N. VI. *Sed duntaxat debitorem esse)* Vulgò hæc vocari solet *cessio actionis*, quæ synonyma est. Quamvis ubi distrahitur nomen debitoris, cessio actionis sit superflua; quod venditio potestatem cessionis obtineat, ex sola enim nominis venditione utiles in emptorem actiones transferuntur, *l. emptor. l. ult. C. h.* Tenetur autem venditor præstare (1) *verum debitorem* h. e. qui nequeat opponere exceptionem peremptoriam, *l. 4. h. l. si plus §. f. de evict.* (2) *venditæ quantitatis, l. quidam. eod. tit.* Nequicquam itaque emptor s. cessionarius desiderat *debitorem locupletem*, *dd. ll.* Joh. à Sande *de cess. act. c. 9. n. 17. & seqq.* Berlich. 1. *pract. concl. 24. n. 52.* Aloys. Ricc. *p. 7. collectan.* 2914. Finckelth. *obs. pract. 91. n. 15. mentl.* Paul. de Castr. *1. cons. 170. n. 2.* Quomodo ad requisitionem Henrici Schröders Lünæburg. bis consulti in Collegio respondere non dubitavimus anno 1643. m. Apr. & anno 1644. d. 8. Jun. Addere potest, qui volet, Manticam *d. l. 4. l. 13.* distinguentem 1. an quis vendiderit si quid juris habeat contra Titium. 2. quando venditor asseruit debitorem esse locupletem. 3. ubi quis vendit nomen debitoris tale quale est. 4. si quis vendat nomen ejusmodi simpliciter. 5. si quis promiserit nomina vendita esse vera & illæsa. Neque nulla sunt quæ tractat huc pertinentia Dn. Franck. *1. resol. ier. 8.*

Venditio act. quid venditum intelligatur.

TITULUS V. C. 4. 44. 45.

De rescindenda venditione, & quando licet ab emptione discedere.

1. Contrariatio.

Quia diximus, quomodo contrahatur emptio: videndum est, qua etiam ratione dissolvatur.

2. Quomodo rescindatur venditio.

Cum autem quo quidque modo ligatum est, eo dissolvatur, *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur.* sequitur quemadmodum emptio mutuo consensu contrahitur, ita contrario consensu, dum res est integra, eam distrahi. *§. fin. Inst. quib. mod. toll. oblig.* si vel simpliciter à venditione recedatur, vel acceptum invicem feratur, vel nova alterius precii venditio fiat, dum tamen perinde valida sit atque prior. *l. 2. 3. & 5. hoc tit. § fin. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Nam si quod purè emi, sub conditione rursus emam, imperfecta hac venditione non tolli priorem constat *l. si id quod 7. h. t.*

3. Quomodo accipiendum, quod dicitur. Mutuo consensu dissolvi venditionem.

Dixi mutuo dissolvi consensu, non unius: nam alterutra parte invita abiri emptione non potest: quia ut ab una parte non perficitur, ita nec rescinditur, *l. 1 in fin. h. t. l. 3. 4. l. ratas. C. eo.* ne rescripto quidē principis: *l. 3. C. eod.* etiamsi duplum quis reddere paratus sit, *l. non est C. eodem.* vel altera pars in implendo contractu moram faciat, *l. ea. conditione. 14. C. eodem. l. in civile. 12. C. de res vend. l. 8. 9. C. de contr. empt.* aut inæquali injustoque precio res venierit. *l. 4. si voluntate. l. qui, quo. C. eod.*

4. Quatenus liceat in contractu decipere.

Licet enim contrahentibus invicem naturaliter, id est, jure gentium quadantenus (nam ultra dimidiam partem justi precii captio propter nimiam inæqualitatem revocatur, *l. 2. C. eod.*) decipere: *l. in causa. 16. § pen. de minorib.* non quidem dolo malo, is enim contractum vitiat, sicut antea dictum est, *l. & eleganter. ff. de dolo malo.*) sed hactenus reipsa *l. si quis cum alter. 36. de verb. oblig.* ut minoris plurisve juste res vendi possit: alioqui quorumque contractus non esset calumniæ promtus, si ob minimam inæqualitatem in dubium & controversiam revocari queat?

5. Re non integra, non dissolvi mutuo consensu venditionem.

Dixi ultimo, Re integra mutuo consensu dissolvi emptionem. Nam non poterimus eadem ratione uti post precium solutum, aut rem traditam, emptione repetita vel dissoluta: quia soluto precio & traditione facta, solo consensu recedi à contractu nequit, qui non sola voluntate, sed etiam implemento ac traditione rei est corroboratus itaque opus est retro rem tradi ac redhiberi, & precium restitui: *l. 2. hoc tit. l. ab emptione. ubi Dd. sup. de pact. s.* neque enim sola conventio ad id sufficit, cum sit nudum hoc casu pactum, nec actionem producere possit ad redhibitionem impetrandam. *l. ab emptione. in fin. de pact.*

6. Quomodo ob dolum, læsionem, metum,

Est & cum ob dolum, aut metum, aut læsionem rescinditur venditio Dolus autem aut inest proposito, aut reipsa. *§. item si quis in fraudem. Inst. de act. l. si quis cum alter. 36. de verb. oblig.* Cum inest proposito, quomodo retractetur venditio, supra est expositum: *ad tit. de dol. mal.* Porro quando re inest, ipsa, non statim retractatur contractus: quia licet contrahentibus se invicem decipere: *l. in causa. 16. §. pen. de minor. l. ratas 7. l. si voluntate. 8. C. eod. tit.* Quare ubi major pars aut dimidia æqualitatem habet precii & mercis, non est locus rescissioni, ne utile per inutile vitietur. Sin autem læsio dimidiam justæ æstimationis partem excedat, jam quia major inæqualitas est in contractu quam æqualitas, ideo bona fides jure exigit, ut aut ad æqualitatem contractus reducatur, aut eo abeatur, *l. 2. C. de rescind. vend. l. 3. C. comm. utr. jud.* Metu facta emptio etsi valet, quoniam coacta voluntas, voluntas est: *l. si mulier. 21. §. penult. quod met. caus.* tamen quia res mali exempli est, rescinditur: *l. 1. C. de rescind. vend.* Ob errorem etiam venditionem annihilari, supra ostensum est *ad tit. de contr. empt. ver. l. 14. 15. cum seq. eod. in tit.* Interitu quoque rei, qui perfectionem venditionis præcedit. *l. si 14. l. domum. 57 de contr. em.* nam ea perfectâ emptori res perit. *§. cum autem. Instit. de empt. et vend. seq. C. eod.)* Item motibus retractu proximitatis vel vicinitatis quandoque rescinditur venditio: *vide Tiraqu. de retract. Chass. in consf. Burg. eodem tit. Matth. de Afflict. de jure protime. Lond. lib. 1. art. 9. Reink. diff. 10.* ut & retractu conventionali, *l. 2. C. de pac. int. empt. & vend.* quo casu, fructus perceptos non restituit emptor. *Tiraq. de ret. lig. §. 5 glo. 1.* ut nec alius quivis, qui jure dominii, vel quasi, bona fide eos percepit *Panorm. in ... ut si clerici. de jud. & in c. 1. de feud. vide late Chass. in cons. Burg. Rub. 3. de feud. §. 1. in prin. nu. 28. Tiraqu. in rep. l. si unquam ad verb. revertatur C. de revocan donat.* Hoc interest: quod petitio retractus proximitatis, anno & die præscribitur. *c. Titiu. si de feud. fue. contr. l. 2. feud. c. 1. §. porro. qual. olim. feud. pot. alien. Bald. in c. 1. §. hoc quoque de jur. feud. Jas. in l. prætor. ait. §. 1. de op. no nunc vide late Tiraqu. in ret. lig. §. 1. glo. 10 num. 1. 4. 5.* petitio retractus ex contractu, non item, sed durat (ut aliqui *Bald. in l. quod si nolit. §. si quid. de adil. edic. Al. in l. petens. C. de pac. & in Rub. de prascr. num. 64. Chass. in cons. Burg. t. des rentes. §. 1. gloss. 1.* vide quos cumul. *Tiraqu. in retr. conven. §. 1. glo. 2. num. 5. & Mynsing. in obs. Camer. obs. 16. cent. 1.* volunt) in perpetuum, quia juri offerendi, quasi meræ facultati non præscribitur. *l. viam public. de via publ. l. si servum quoque. § ult. de hæred. Inst. l. ult. C. de cond. insert. vide infr. de usucap.* ut vero communius putatum est, 30. annis, *Ang. cons. 35 ex pacto. per l. si quis § 1. C. de prascript. 30. annor. l. 1. C. de ann. exc Alex. cons. 2. 28. ponderatos lib. 6. Franc. Bald. in tract. prascr. numer. 5. quæst. 4. par. tis. 5. Zas. cons. 12. nobiles num. 75. Schurff. cons. 41. cent. 1. & cons. 90. cent. 3. vide latissime Tiraquel. qui dicit hanc esse communem. & sic in Parlamento fuisse judicatum. in ret. convent. § 1 glos. 2. nu. 12. vide etiam Mynsing. obs. 16. cent. 1. Cujac. in l. si pignoris 13. de usucap. 3. 4. 5. 6. 7. cum multis seq. licet contra statutum consf. pro parte 2. qua de re docti copiosius consil. 2. & cons. 8.* reliquatum exemplo præscriptionum. *l. 3.*

& c. retrahitur venditio.

cum ſeq. C. de præſcrip. 30. ann. in prin. Inſtit. de perpet. & temp. act. nam & hæc petitio eſt ex contractu, non magis meræ exiſtens facultatis quam quælibet actio, qua unicuique liberum eſt aut agere aut non agere. *l. unic. C. ne nemo accuſ. vel ag.* Cum ergo reliquis actionibus præſcribatur tanto ſpacio, conſentaneum eſt, ut evitetur infinitas, etiam huic præſcribi. Eſt enim revera actio perſonalis, non res meræ facultatis: quæ neutiquam in abſoluta facti facultate, ſed obligationis jure conſiſtit: & eſt jus ab altero debitum, ac reſpectum ad alium habet, ut exemplo reliquarum actionum merito præſcribatur: ne poſſeſſores ſemper metuere repetitionem rei cogantur, & incerta reddantur rerum dominia, *l. 1. ff. de uſucap.* Quare cum hic ratio præſcriptionum obtineat, merito obtinet & diſpoſitio, niſi præſcriptioni 30. annorum fuerit renunciatum, ut renunciari poteſt, *Bart. & Dd. communiter in l. nemo poteſt. de legat. vide Fran. Bald. & Tiraq. præalleg. loc. num. 13. 14.* quo caſu immemoriali demum tempore tale jus offerendi præſcribetur. *Bald. & Angelus in l. 1. C. ne rei dom. & in l. omnes. C. de præſcrip. 30. annor. & in l. 1. C. de ann. exc. vide Tiraq. præalleg. loc. num. 23.* Porro quod dicitur, Ea quæ meræ ſunt facultatis, nunquam præſcribi: *Bartol. & Dd. in l. viam. de via publ. & in l. cum notiſſ. C. de præſcrip. 30. annor. Panorm. in c. quoniam. §. ult. num. 44. ut lit. non conteſt. Fran. Bald. præalleg. loc.* de his quæ ſunt abſolute talia, non relative, eſt accipiendum. Nam ſervitutes, & ſimilia ab aliis debita, quamvis meræ ſunt facultatis, tamen per non uſum præſcribentur. *l. 3. C. de ſervit.* At quæ abſolutæ ſunt facultatis, & jure dominii competunt, nec ab alio debentur, ſed inſunt propriis dominiis: hæc non præſcribuntur, ſed una cum dominio poſſidentur ab animo domini & voluntate. eoque nec eo trahitur uſucapionum ratio: quia poſita ſunt in cujuſque jure abſoluto & facultate: ut quamvis nunquam præſcribantur, tamen non reddantur propterea incerta dominia rerum, ſed magis confirmentur. Quare cum in his ratio præſcriptionum celiet, ceſſare debet & diſpoſitio Atqui aliter ſe rem habere in jure offerendi, ſervitutis, & ſimili ab aliis debito, ex prædictis intelligi poteſt.

O B S E R V A T A.

Læſio jur. nat. contraria.

N. III. *Licet enim*) Juri naturæ convenit, ne venditor amplius lucri ab emptore capiat quàm quantum ipſe vice verſa libenter concederet: alioquin enim, contra principia à juſtitia particulari deducta, pluris fiet uſurpator, 5. *Eth.* 5. 1. *Rhet.* 13. Quod cum regula Salvatoris noſtri concordat, *Matth.* 7. 12. quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris. Verum jure gentium causâ commerciorum (συμφέρον) obtinuit, quod contrahentibus liceat ſe invicem decipere. Statuit autem ita primus, quod ſciam, Ariſtoteles 4. *Eudem.* 2. *in f. plus,* inquiens, *ſuo obtinere lucrum facere appellatur, minus autem quàm quod initio ſuppetebat habere, damno affici; ut fit in rebus vendendis, & emendis aliiſque contractibus, in quibus per legem licet impune rationibus ſuis conſulere, lucrumque facere.* Ex Ariſt. verò id noſtri Authores retulerunt, Pomp. & Ulp. *in l. 16. §. 4. de min. & l. 22. §. f. loc. cond.* & Pontif. *c. 3. de emt. v.* Etenim conſenſus adeſt perfectus, ſufficiensque ad ſubſtantiam contractus, *l. 8. C. h.* poſitâ itaque causâ, & effectum non denegari neceſſum eſt: Eoque ſpectat illud Senecæ 6. *de benef.* 15. *quid intereſt quanti ſint, cum de pretio inter emtorem & vendentem convenerit. Nihil venditor debet qui bene emit.* Et Andronicus Rhodius, *lucrum quod voluntate contrahentium percipitur, nec injuſtum eſt, nec corrigetur. Ejus enim licentiam lex conceſſit:* add. Conr. à Summenhart. *de contr. p. m. 24. & 25. in addit. ad 17. quæſt.* Bald. Peruſin. *in l. 2. C. de reſc. vend. n. 5.* & Panthal. de Crema *ibid. n. 57. & mult. ſeqq.* Atque hoc eſt quod rigoroſum h. e. ſtrictum ſ. reſtrictum jus vocat Gl. & Caſtr. *in d. l. 2.* Commodius jus rectum, merum, ordinarium, commune. Sicque læſio ultra dimid. juſta eſt, Grot. *de I. b. & p. l. 2. c. 12. §. f.* I. H. Böcler. *de menſ. prec. p. m. 76.* Apud Roman. quoque idem jus obtinuit uſque ad Dioclet. qui lucrum *uſque ad dimidium juſti precii* reſtrinxit, *l. 2. l. 8. h. t.* Approbarunt quoque illud leg. Imperii Orientalis, nec non maximi Pontificis *in c. pen. & c. cum dilecti de emt. vend.* Hinc eque apud Rom. alia eſt læſio infra vel ultra dimidium. Et hujus correctio dicitur jus humanum, æquum *in l. 2. C. h. t.*

Jur. gent. h. licita, indiſtincte quæ ſit ignorantes.

Idque jus rigoroſum

Apud Roman. lic. ad dimid. ex temp. Dioclet.

Hocque jus human.

N. VI. *L.* [illegible] *C. de reſcind. vend.*) Rectè ſentit Bachov. *in not.* modum reſciſſionis ex *d. l. 2.* non eſſe proprium huic contractui, ſed communem omnibus illis qui bon. fid. Circa dictam legem autem imprimis VIII conſideranda veniunt. I. quænam ejus ſit ratio. B[illegible]ch[illegible] ait *cur terminus hicce placuerit* (*ſcilicet ultra dimidium læſionis, Imperatoribus, certam rationem aſſignari non poſſe.* Arumnæus *ad d. l. 2. diſp. 1. th. ab.* cauſam putat, (1) *quod & alias in dubiis medium eligamus, arg. §. final. Inſt. quib. ex cauſ. manum. non liceat.* Vid. Besold. Theſaur. *pract. in verbo* [illegible] renſchtid *num.* 18. (2) *quia hic utriuſque contrahentis par ſit conditio, ergo uterque ſibi vigilet* (3) *quia ulterior læſio contrarietur utriuſque voluntati, ergo contractus tum reſcindi debeat.* Rectius dicam: terminus iſte initio fuit indifferens, nunc vero lex hactenus eſt merè poſitiva. II. Non conſtat inter interpretes, quæ læſio ſit ultra dimidium. Verùm communiter ſic læſus ille dicitur qui non accepit dimidium ejus quod dedit. Puta ſi precium pro merce juſtum ſit 100. emptor dicitur læſus, ſi pro illa dederit ſupra 200. venditor verò, ſi pro ejuſmodi re accepit minus, quam 50. eademque ratio eſt in cæteris bon. fid. contractibus. Myns. 4. *obſerv.* 63. III. In dubium vocatur non nullis, *An dicta lex ſecunda ad emptorem quoque pertineat?* De venditore enim ejuſque hæredibus verba concepta habent ſatis disertè: *ſi tu vel pater tuus.* Sed rationis eſt eam emptori non minùs proficere; (1) quia & hic lædi in precio ultra dimidium poteſt, *arg. d. l. 8. C. h. t.* (2) quia longè humanius eſt huic ſubvenire, quod venditor ſcire poſſit rei ſuæ valorem adeoque potuiſſet ſibi cavere, *l. 15. C. h. tit.* emptor vero ignorantia facti alieni ſe excuſare poſſit, *arg. l. f. pro ſuo. l. 2. & ſeqq. de jur. & fact. ignor.* Pinell. *ad d. l. 2. p. 1. c. 2. n. 4.* (3) Accedit quod emptio ſit bon. fid. contractus, quæ neſcit inæqualitatis, *l. 3. C. comm. utr. jud.* at inæqualitas eſſet ſi emptori non concederetur beneficium *hujus l. 2.* quod venditori conceditur. Diſſentit ab hac communiter recepta ſententia Cujac. *l. 1. obſ. cap.* 18. & *l. 23. obſ. cap.* 32. quem probat & ſequitur noviſſimè Edmund. Merill. *lib. variant. ex Cujac. 2. c. 5. & lib. 6. obſerv. c. 6.* (1) quod in lege 2. & 8. *C. h. t. §. 3. & penult. de emt. vend.* agatur tantum de venditore non etiam quod emptori concedi debeat: (2) quod Impp. in dicta *l. 2.* humanitat[illegible]one id ſe concedere venditori profiteantur, qui plerumque neceſſitate rei familiaris cogatur ad venditionem rei ſuæ, *l. 36. §. 1. mand. l. 12. 16. C. h. t.* At hæc humanitatis ratio ceſſet in emptore, qui non coactus ſed ſponte accedat ad emptionem, *l. 48. §. 1. damn. inf.* ideoque invidia ſit penes emptorem, non [illegible] penes venditorem. Verum, ut Impp. in *l. 2.* tantùm conſulti fuerunt de venditore, ita etiam de eo ſolum reſponderunt, ceu in textibus Codicis novum non eſt; Sæpè tamen leges etiam ad illud quod expreſsè non continent extenduntur, ob rationis paritatem, *arg. l. 17. d. ll.* quæ hic eſt non alia quàm læſio ultra dimidium. Ratio humanitatis, quare

hoc

Reſcindi ob læſionem ultra dimidium commune eſt omnibus contractib. b. f.

Ratio quo ad dimidium.

Quando læſio ſit ultra dimidium.

Lex 2. pertinet & ad emptorem.

Contra Merillium cui reſpondetur.

hoc beneficium venditori concessum, non est, quod is plerumque cogatur ad venditionem ex necessitate rei familiaris, sed dicta *læsio ultra dimidium*, quæ & in emptore locum habet. Et contractus hîc tam emendi quàm vendendi gratiâ introductus est, *l. 1 de contrah. empt.* ratione commercii & lucri honesti causâ: quare supra probavimus totam hanc materiam pertinere ad empt. venditionem mercatoriam s. Negotiatoriam. Quin nec rarò etiam emptor rei familiaris necessitate ad emendum impellitur. Et hoc ipsum tamē ex accidenti est, ex quo nulla diversitatis ratio idonea inducitur, sufficitque quod quoad rationem hujus legis (quæ est læsio ultra dimidium, in humana indistinctè & iniqua) conveniant. Vid. Gotofr. *in l. 1. §. 13. si quid in fraud. patron.* & *l. 2. l. 3. 5. C. h. t.* Anton. Peretz. *in Codic. h. t. n. 7.* IV. Justum precium hic nihil aliud est quam naturale h. e. vulgare, seu quanti res communi æstimatione venire potest, *l. 63. ad l. Falcid. l. 16. 8. ff. de pignor. l. 11. §. 1. de jure dot.* Jung. Arumæ. *ad d. l. 2. disp. 4. th. 25.* V. Licet *d. l. 2.* loquatur de emtione venditione, tamen rectè extenditur & ad cæteros bonæ fidei contractus, modò termini sint habiles, id est unus det, alter accipiat. Ideoque locum habet in permutatione, divisione, locatione, conductione, emphyteusi, in rerum dotalium æstimatione, in solutionibus, & quietantiis, ut loquuntur, &c. Contra non obtinet in negotiis stricti juris, ut in transactione, maximè judiciali, aut judicialiter confirmata, sec. observata *l. de transact. n. 8. n. f.* Idem est si *l. l. 2.* renunciatum, Arum *disp. 1. ad d. l. 2. th. 10.* VI. Quoad læsionem non tempus præsens, sed contractus inspiciendum est, ne tunc dicatur quis læsus, si *cum contraheret*, in pretio vel merce læsus sit ultra dimidium, *l. 5. C. h. t. cum dilect. de empt. vend.* Da v. c. die Hufe Landes Zeit deß getroffenen Contracts mehr als noch eins so viel wehrt gewesen/ und der Verkäuffer also in solchem Kauff über die helffte deß rechten Wehrts verkürtzet und benachtheiliget worden. Quæ læsio cum sit facti, probanda est, vel *per testes*, qui ex circumstantiis loci temporisve aut annuo reditu testimonium perhibent, ex cujus comparatione justus ac verus rei alicujus valor dignosci solet nonnunquam *ex oculari inspectione & æstimatione*, si res vendita à tempore contractus non sit immutata, *d. l. 8. & 16. h. t.* Vid. Ant. Fab. *in Codice lib. 4. t. 30. def. 2. n. 4.* VII. Hic fit correctio læsionis ultra dimidium, non directò quidem, (ut annullando usque ad dimidium) sed per indirectum, datâ nimirum actione; Fit autem hoc per legem Diocletianam *l. 2. C. h. t.* Quæ concedit solam impunitatem tunc, si post contractum appareat intervenisse læsionem usque ad dimidium, & alter de læsione conqueratur. Pinell. *ad l. 2. C. & p. 1. c. 1. n. 39.* Permissio namque quæ à lege hac fit (ut nunc lædendi ad dimidium usque) aut plena est aut minor plena: vid. Grot. *d. 1. b. & p. l. 1. c. 1. 1. n. 17. & ibi* Böcler. *p. m.* 143. Hic ita fit contractus rescissio, ut læso venditore, vel is recipiat rem venditam precio emptori restituto, vel emptor, si velit, re retenta id quod justo precio deest, suppleat, *d. l. 2.* Lædens itaque seu reus hic electionem habet, an velit justum precium supplere, an verò rem totam restituere. *d. l. 2. v. si emptor elegerit*, ubi Gothofr. *lit. C.* Vid. Hartm. Pistor. *lib. 1. q. 23. n. 1.* Atque hoc verum in casu *d. l. 2.* scilicet ubi alter contrahentium sine dolo alterius fuerit læsus ultra dimidium. Secus est in læsione ejusmodi dolosa, in hac enim reo electio nulla relinquitur, quia contractus ipso jure nullus est, quod ei dolus causam dederit, *l. 7. §. 1. de dol. mal.* Vid. Cels. Bargal. *de dol. mal. lib. 2. cap. 9. 10.* proinde reus ceu m. f. possessor nulloque titulo possidens (quod paria sint titulum non habere & habere *vitiosum*, *arg. l. 7. qui satisd. cog. l. 2. d. aut. aut.*) condemnandus est ad rem præcisè restituendam, *d. l. 7. §. 1. junct. l. 24. C. d. R. V.* nisi fortè læsus huic juri renunciare & ad supplementum ejus in quo læsus est, velit agere. Hartmann. Pist. *d. q. 23. n. 2.* VIII. Controversum hîc est, *quænam actio competat ad contractum prædicto modo rescindendum?* Pinellus & alii putant agendum condictione ex lege; quod *d. l. 2.* sit nova: quos sequitur Wesenb. *infra de act. empt. in fin. n. 9.* quidam competere restitutionem in integrum, *ex l. in caus. de minorib.* Rectius cum Dd. communiter statuitur, competere actionem ex hoc contractu. Vid. Arumæ. *disp. 4. ad d. l. 2. th. 24.* & observata *ad n. 8. in f. de act. empt. verb. condictio ex lege*, Quibus omnibus confirmandis apprime facit Responsum JCtorum Helmstad. anno 1613. d. Julii. Magdeburgum ad Fridericum Perschen/ emptorem, verbis: Und wenn dabey per inspectionem ocularem oder sonsten in continenti zu befinden/ daß im Kauff dieses Hauses ihr ultra dimidium læhret/ habt ihr in diesem Fall/ ob gleich deß preiis Entrichtung uff Termine geleget deß beneficii *l. 2. C. de resc. vend.* billig zu geniessen; was nun das Hauß also nicht wehrt gewesen/ kan in der Bezahlung gleichfals euch nicht uffgedrungen werden. Et ad Henricum Tappen civem Hildesiensem ann. 1612. d. 15. Febr. verbis: Daß es bey der æstimation deß euch in solutum übergebenen Hauses/ so ewren in dem an den Raht zu Gandersheimb am 23. Nov. anno 1609. abgangenem Schreiben beschehene begehren gemäß angeordnet und verrichtet/ nochmahls billig zulassen. Es were dann daß ihr darthätet/ daß dasselbe Hauß über die helffte deß rechten Wehrts zu teuer taxiret/ auff dem fall wäret ihrs höher nicht als sich der warhafftie Taxt erstrecket/ anzunehmen schüldig. Ar. Pinell. *ad l. 2. C. h. p. 1. c. 4. n. 8.*

Metu facta) Rectè dicitur rescindi, quia ab initio valet, jure civili æquè ac naturali. Neque hic distinguendum inter contr. b. f. & stricti juris, item an metus causam dederit emt. venditioni, an fuerit incidens. Neque etiam obest *l. 1. C. h. t.* ad quam & pleraque alia huc pertinentia respondere antevertimus supra *ad t. quod met. caus. n. 5.*

Retractu) Germanis dicitur Einstand/ Rück oder Näherkauff/ Vorzug/ Abtrieb/ Lösung/ & jus retractus, jus protimiseos, Näherkauffsgerechtigkeit/ Zugerecht/ Kauffzugerecht/ Vid. Theod. Remking/ *tr. de retr. consangu. q. 1. n. 8.* Wehner *obs. pr. v. lösen.* Est hoc nihil aliud quàm *jus prælationis certis personis competens, ad rem immobilem vel æquipollentem, per venditionis aut similem contractum, æquali pretio intra definitum tempus redimendam.* Originem cœpit gentium jure post inventam empt. venditionem, maximè ut bona in familiis aut communitate manerent, quas hoc modo servari & præferri extraneis nullâ necessitudinis aut communionis lege junctis, naturali juri est conveniens; tum quod successionis jure potior sit ratio cognatorum, tum etiam quod ubi utilitas publica requirit, sæpe privatorum emolumentum sit postponendum. Hinc Ebræos statim hoc jure usos fuisse testis est codex sacer, Lev. 25. v. 15. Num. 36. 9. *seqq.* Ruth. 4. 3. & 4. Jerem. 32. 7. & 8. (ubi tamen notandum, aliam adhuc ipsis fuisse redemptionem rerum venditarum, quæ erat *revelatio debiti*, sine omni pretio, & fiebat Jubilæo, *d. Lev. 25.* atque cum retractu nostro perperam à nonnullis confunditur.) Ab Ebræis Græci acceperunt, quamvis & his recepta fuerit Σεισάχθεια h. e. redemptio à debito, ex lege Solonis, juxta Plutarchum *in Polit.* à retractu nostro genere planè diversa; *Andr. Tiraqu. de retr. lignagier in præfat. n. 12.* Romanos usurpasse tenactum

Quod hic justum precium.

In quibus contractibus l. 2. locus.

Inspicitur tempus contractus.

Quom. hic fiat. contract. rescissio.

Quæ ex inde actio

Empt. vend. metu facta valet.

Retractus.

Quid.

Origo.

Ratio ex jure nat.

Usus apud gentes.

Relevatio debiti apud Hebr.

Σεισάχθεια. Græc.

ctum vestigia sunt in *l.38. de min.60. de pact.l.62. de contr.empt.l.1.de privil.eod.* Equidem seculo Christiano quarto sub f. *l.14. C. de contr.empt.* Imperatores Valentin. Thepd. & Arcad. retrahendi jus prohibuisse videntur privatis, scil. ne consanguinei proximi consortesque alii ab emptione removeant extraneos.

Venditio in certas personas restricta.

Verùm ista lex inspecta penitus haud agit de prohibito retractu, sed venditione in certas personas restricta, h. e, ubi non licet vendere nisi consanguineis aliisque consortibus. Quin, si de retractu sublato intelligi illa posset, non tamen est universalis, cùm omnes omnino non excludat, Cyn. *ad d. l. 14. nu.2.* Atque hinc & Pontificio jure de retractu statutum est, *c. constitutus. de in integr. rest.* legibus feudorum, *2.f.3.§.1.2.f.9.§.1. & 2.f.16.§. Titius filios.* Constitutione Friderici Imper. de jure προτιμήσεως. Hodie etiam plerisque in locis de illo statuta, vel consuetudines habentur: quò pertinent D. H. Julii Ordnung der Heinrichstadt anno 1602.t.13. von der Nähergeltung/Statuta civitatis Lunæburgensis *p.2.t.* 4.

Valet retr. quat. receptus est.

Atque eò ventum planè est, ut nec dicta constitutio Friderici vim legis universalis habeat, sed omne jus retractus æstimetur ex recepto, quatenus vel illa moribus alicubi invaluit, vel de jure protimiseos, maximè gentilitio, consuetudine, pacto, vel statuto quid est dispositum, Reink. *d.tr.q.1.n.23. & seqq.* Dn. Mev. *p.5.d.32.* Quomodo in Colleg. Juridico ad requisitionem L. Schultzen Magdeb. pronunciavimus anno 1643. m: Nov. verbis: weil das jus retractus hin und wieder so fern observiret wird/ quat. lege municipali vel aliàs longâ consuetudine fuerit receptum, juxta Myns. 3 *observ.51.n.1.* muß es von dem jenigen so die Nähergeltung prætendiret/ erwiesen werden/ wie fern und in waserley Gütern solches jus an dem Orte da es gesucht wird / üblig / ob es so wohl negst den Stammgütern auff alle andere verstorben Güter/als auch die collaterales, und zumahl die Stiffbrüder zu extendiren. Wird dann Jacob Otte als Curd Schaden Stiffbruder/ nicht erweißlich machen/ daß das jus retractus zu Magdeburg auch bey den Stiffbrüdern & in bonis quibuslibet statt finde / so ist L. Schultze bey dem mit Curd Schaden einmahl getroffenen Kauff der Schiffmülen quæstionis zu manutiniren und zu schützen. V. R. W.

Est ex Lege. Communi.

Cæterum conceditur retractus vel lege vel facto hominis. Lex vel communis est vel particularis, statutum, consuetudo. Jure communi retrahere possunt directò tantùm Filii & Agnati in feudo legitimè alienato translatoque titulo oneroso. *2.f.3. §. sed etiam. 2. f.26. §. Titius filios & 2.f.9.§.1.v.porro. Hartm. Pistor.l.2. p.1.q.11.n. 11. & seqq.q.12.n.3.junct.seqq.* Obliquè & per consequentiam Fiscus, *l.1. C. de metall. & metall.* Convicani, *l.un. C. non licer. habitat. metrocom.* Dominus emphyteuseos, *l.f. C. de jur. emph.* Creditor, maximè si & cognatus sit, *l.16. de bon. aut. jud. possid. l.a. de privileg. cred. l.60. C. de pact.* Dn. Carpzov. *decis. ill. Sax. 54. num. 10. 11.* Minor. *l.33. de minor.* Dico *oblique*, quia citatis textibus nihil dicitur de retractus jure, sed quod quibusdam personis vendenda sit res præ aliis. Jus itaque prælationis illi in re vendenda habent, unde sequitur, si iis prætermissis res sit vendita aliis, eosdem gaudere & jure retrahendi; Quamvis dissentiant Dd. communiter, quos sequitur Fillius. *tr. 35. c. 10. num. 229.* dictas leges directò ad retractum applicantes. Referunt quoque huc nonnulli *conductores antiquos prædiorum publicorum*, qui finita locatione etiam locatore invito reconducere possunt, modò solvant augmentum pensionis ab aliis oblatum, *l.4. & 5. C. de loc. præd. civ.* quod jus quoque habent literati, *c.1. de loc. cond.* Verùm utrique illi jure meritò hîc arcentur; quod in locatione cond. locus non sit retractui, *arg. l.39. locat. cond.*

Vel particulari, ut Gentilitius.

In particulari retractu excellit Gentilitius, qui proximis consanguineis concedi solitus, per omnia ferè ordinem & jus successionis ab intestato imitatur, Erblösung / Erb-Freundrecht/ de quo videsis post Tiraquell. *de retract. lignagier.* tractatum elegantissimum Dn. Reinkingii *de retractu consanguinitatis.*

Ejus forma.

Forma hujus, maximopere attendenda, ferè in his quatuor consistit (1) quod retrahere volens justum & integrum precium offerre & solvere debeat. (2) ut cum precio simul sumptus & expensas tempore contractus factas integrè refundat. (3) ut sibi retrahat, & in usum suum, non verò in utilitatem alterius & fraudem emptoris, (4) ut fiat intra legitimum tempus, h. e. intra annum & diem, *arg. 2. f. 20. §. Titius* Mynsing. *3.obs.11.l.2. observ.19.a.n.*

Vel facto hominis.

Facto hominis retractus conceditur vel testamento, *arg. l.69. § 3. de leg.2.* vel conventione s. pacto de retrovendendo, *l.2.l.7.C. de pact. int. empt. & vend. c.4. de pignor. c.1. de empt. vend.*

Q. de fructibus.

Cæterum ut rectè hic statuit A. secuto retractu, emptor sine dubio fructus *ante* retractum perceptos & *consumptos* lucratur, quod ante illum & dominus sit, & bonæ fidei possessor, *arg. l.13.§.10. actione empti.* *Extantes* tamen restituere tenetur, cum idem juris sit in b.f. possessore, *arg. l.22. C. de P. V.* At percepti *post litis contestationem* & jus retractus efficaciter competens una cum re empta sunt restituendi, sive extantes adhuc sint, sive consumpti, *arg. 36. de rer. divin. §.2. de offic. jud. l.4. §. 2. fin. reg.* Reinking. *d. t. r. quæst.8. aph.9.*

Q. de pendentibus.

Sed quæri *solet de fructibus pendentibus ad quem pertineant.* Et communis opinio in æquitate fundata, est, eos inter emptorem & retrahentem (sive ex pacto sive ratione proximitatis) pro rata anni ultimi esse dividendos, *arg. l.7. §.1. sol. mat. sic extr. in sti principia*, Reinking. *d.q.5.n.72. & 76.* Covarr. *in res.15.n.6. 7.* Fach. *2. contr.14.* ex hypothesi enim pacti conventi, vend. hæc emptoris est necessaria, habito respectu quo exercetur, secus in simpliciter voluntaria venditione, *l. Julianus. § offerri. de act. empt.* Neque contrariatur, *l.2. de pact. inter empt. & vend. compositis.* Nam ibi saltem dicitur quod emptor etiam fructus post oblatum ex pacto precium perceptos retrahenti restituere teneatur, quod fit propter moram precium recipere nolentis: Quod si autem is precium non recuset, sed modò excipiat de fructibus pendentibus, res hæc non ex *d.l.2.* sed ex *arg. d.l.7.* decidenda erit. Vid. Treutl. *vol.1. disp. 28. th.10. C.* Cavalcan. *2. dec.16.n.15.* Hartm. Pistor. *l.1.q.24.nu.12.* Adde Molinam *tr.2. disp.371.n.12. & seqq.* Reinking. *d.q.8.n.25.*

Differentia inter contr. gentil & ex conv. Actio ex gentil. in rem scripta.

Atque sic quoad restitutionem fructuum quidem conveniunt uterque retractus, gentilitius & ex conventione. Alioquin interest (1) *quoad constitutionem*; quia conventionalis dependet ex propria partium provisione, at gentilitius ex provisione legis seu consuetudinis, Dn. Mev. *d.p.5. dec.32.* (2) Quoad *actionem*; nam ex hoc est condictio ex moribus vel statuto, in rem scripta, ad rem alienatam jure sanguinis revocandam. Lindem. *d. jur. proxim. d.c.4. th.4. & 5.* Reinking. *d. lib. q.9.n.77. & seqq.* At ex hoc retractu descendit actio simpliciter personalis ex vendito, propter pactum retrovenditionis emptioni adjectum, Lindem. *d.c.4. th.7.* Perez. *ad l.1. C. de pact. inter empt. n.10.* Neque enim probanda illorum opinio, qui dicunt actionem ex hoc pacto esse realem, quos rectè refutat Geil. *2. obs.16.n.3.4.*

Ex conv. personalis ex vendit.

Quæ nec alia quam ex vendito est, non etiam præscriptis verbis, ut vult Geil. *d.l.* & Reinking. *d.q.9.n.51.* cum plurimis ibidem

dem citatis; neque enim actio præscriptis verbis cum actione ex contractu concurrere potest, cum illi non sit locus nisi ubi ordinaria deficit, *l. 2. l. 21. h. t.* Et *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. compositis* ex *l. 4. de L. comm.* explicanda est, ita ut particula *vel* ibi non denotet conjunctionem sed correctionem, *arg. l. 13. §. 2. commod. et l. 11. de noxal. action. Vid. not. in f. ad tit. de præscr. verb. n. 8.* Peretz. *d. t. n. 10. & seqq.* Et hinc etiam est, quod condictio ex contractu consanguinitatis non modò detur adversus emptorem, sed & contra quemvis possessorem quocunque titulo ab emptore vel aliunde rem retractui obnoxiam habentem; at actio personalis ex vendito saltem contra emptorem ejusque hæredem. (3) Asseritur differentiam esse quoad *præscriptionem*; quod retractus proximitatis præscribatur anno & die jure communi, *arg. 2. Feud. 26. §. Titius*: nisi statuto & moribus aliud tempus sit inductum ita ut si retrahens intra illud non agat, excludatur: curratque hoc tempus à die venditionis perfectæ h.e. simulac de precio & merce convenerit, etiamsi res vendita nondum sit tradita. Reinking. *d. l. q. 7. n. 1. 2. 3. 12. 156. 176.* licet contrarium velit Lindem. *cap. 6. thes. 6.* & Wehn. *d. obs. pract. verb.* Lösung. Contra vero juri retractus conventionalis dicunt præscribi non nisi triginta annis, ceu placet Autori, (1) *quod facultatis agendi sive actionibus & juribus præscribatur triginta annis l. 3. & 4. C. de præscrip. 30. annor.* (2) *quod in hoc casu eadem obtineat ratio introductæ præscriptionis, scilicet ne dominium rerum maneant in incerto, l. 1. de usurp. & usuc. & ne possessores semper cogantur metuere res sua repetitionem.* (3) *quod nulla lex ejusmodi præscriptionem inhibeat.* Verum Mynf. 1. *obs.* 6. Gail. 2. *observ.* 18. & Dd. communiter volunt præscriptionem hîc excidere & redemtioni locum esse in perpetuum, (1) *quod retrahere sit res meræ facultatis,* (2) *actio ex pacto retrovenditionis non sit nata nisi ubi pretium ab emptore est oblatum; ergo neque possit ipsi præscribi, utpote nondum nata, arg. l. 13. §. 8. de action. empt.* Neque deest fortassis quod ad hæc reponatur. Nimirum ad I. (1) *retrahere rem absolutæ facultatis non esse, quia alias competeret retrahenti etiam citrà conventionem, qualia sunt quæ jure gentium alicui competunt, ut ire per publicam viam, &c.* (2) *quod retrahere volens actu non possit repetere nisi pretium offerat emptori idque dependeat ex conventione, d. l. 13. §. 8.* (3) *idem hanc potestatem revocandi tantùm ex pacto habeat, unde obligatus sit ipsi emptor ad restituendum, ipse verò retrahens jus habeat ad rem venditam oblato precio repetendam. Hoc autem jus ad rem hic non magis sit facultatis, ac jus ad rem, & facultas agendi in reliquis contractibus.* Conf. Bachov. *in not. h. ubi dicit, Autorem abusi propositione illa, quod quæ sunt meræ facultatis non præscribantur.* Ad II. respondendum videtur, *distinguendo inter nativitatem actionis ex vendito & ejusdem exercitium; natam illam esse quamprimùm pactum retrovenditionis contractui est adjectum, per leg. 2. C. de pact. inter empt. & vend. compos. & quod posita causa & effectum poni necesse sit adeoque etiam illi præscribi possit: at exercitium ejusdem non competere, nisi ubi actu pecunia offeratur, d. l. 13. §. 8. sed quod nativitati ejus consequenter & præscriptioni nequaquam officiat.* Et hoc in puncto juris verius esse multorum sententia est, in praxi autem observatur contrarium, teste Gail. & Mynf. *dd. ll.* Verùm enim verò, nec praxis hic rationibus destituitur, etiam juri naturali longè convenientioribus. Ponam enim præscribi actionibus personalibus XXX. annis, hancque natam ex conventione statim, etiam pretio minimè oblato; tamen hoc omne est ex jure civili seu positivo, tam quoad jurium præscriptionem ipsam, quàm quoad tempus definitum. Quidni itaque pacto, seu consuetudine quadam induci possit in uno atque altero contrarium? Quòd & nonnullis in casibus eodem jure civ. obtinet, præscriptionem excludentibus. Et in omni contractu voluntas contrahentium inprimis, ceu regula Lesbia, attendenda est: vendendo autem cum pacto de retrovendendo hoc agitur, ut res empta in perpetuum redimi possit, sive à venditore ipso, sive ab ejus hæredibus. Neque dubium, quin ex partium conventione extendi queat obligatio & actio in infinitum, exemplo *l. quod si §. si quid. de adil. edict.* ubi habetur, si inter emptorem & venditorem pactum fiat ut quandocunque res emptori displiceret, redhiberetur, posse redhiberi in perpetuum. Quin hactenus res meræ facultatis est redemptio, quod emptor consenserit in facultatem tempore quocunque repetendi mercem venditam pretio oblato, cui itaque excipienti de præscriptione semper obstabit pacti conventi & doli replicatio. Vid. Francisc. Zoannet. *in l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. n. 33. & seqq.* Fabian. de Monte *de empt. vend. q. 7. princ. n. 5. & seqq.* latè Virgil. Pingiz. *q. 41.* Molina *tr. 2. disp. 374. n. 7.* Atque ita mense Octob. anno 1606. ex facto consulti respondere non dubitarunt Dn. Antecessores facultatis, verbis: Wofern dann der selbe Wiederkauff oder Pfandschafft zu erweisen/möchte dagegen keine Verjährung vorgewendet werden. Solte es aber daran mangelen / so hette der von euch Beklagter deß Reuffers Tilen Amenlungs Sohn sich mit verlauff so langer Zeit/fürnemlich weil kein unrechtmessiger Titul und Ankunfft sich noch zur Zeit/wie obgemelt/ sehen lesset/ darumb auch kein mala fides zuvermuthen sein kan/ wohl zu beschutzen: würde aber etwas mehr als noch erscheinet/ gegen den Beklagten fürgebracht und erwiesen werden / damit er sich mit fürwendung seiner Unwissenschafft & bonæ fidei beschützen wolte/köntе ihm als dann nach befindlicher beschaffenheit der Sachen dasselbe mit einem Ayd zu betewren/wol ufferleget werden. V. R. W. Cæterum pactum de retrovendendo pluribus modis fieri potest 1. in gratiam *solius venditoris* v.c. si vendas domum ea lege, ut quando pretium idem solveris, tibi reddatur 2. in favorem *solius emptoris*, ut si emas ita, ut reddità venditoo domo, debeat ipse pretium tibi reddere. 3. in gratiam *utriusque*, ut quando venditor reddiderit pretium, reddatur ei res vendita & contra, ubi emptor reddiderit venditori rem emptam & pretium reddatur. Omnes hi modi liciti sunt quamvis primus sit frequentior, *arg. c. ad nostram de empt. vend.* & sicut quis potest non vendere aut non emere; ita & venditionem vel emptionem limitare cæteris partibus non prohibetur. Vid. Molin. *d. tr. d. 375.* Covarr. *3. var. resol. 9. n. 3.* Less. *l. 2. c. 21. d. 14.* Filliuc. *d. tr. c. 8. n. 13. & seqq.* de Lugo *d. 26. sect. 13. §. 1.* Denique ad retractum ut quis excludatur, quid requiratur, vid. penes D. Mev. *p. 2. d. 232. & seq.* quandiu ipse locus relinquatur, *p. 2. d. 251. p. 5. dec. 23.* qui semel renunciavit, an ad eum redire queat, *p. 2. d. 233.* in quibus retractus locum habeat, *2. dec. 254.* quando conductori ex adjecto pacto competat contra emptorem qui cum locatore contractum venditionis init. *2. dec. 300.* retractus jus non abdicatum censendum ex sola venditionis non oblatæ conditione, *3. d. 324.* retractus jure controverso cujus sit reparare ædes, &c. ibid.

Pacto retrovendi non præscribitur.

Pactum de retrovend. sit mpl.

Conveniunt nat.

Additio.

.

TITULUS VI. C.4.48.

De periculo & commodo rei venditæ.

1. Perfecta venditione periculum pertinere ad emptorem.

PErfecta venditione periculum rei ad emptorem pertinet, *l. necessario 8. h. t.* ut & commodum, *l. id quod 7. hoc tit.* Itaque si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum *l. 1. in prin. h. t.* cum enim venditor sit debitor speciei, merito ejus speciei periculum ad emptorem cui debetur pertinet. *l. si ex legat. cum seq. n. 23. ubi DD. de verb. oblig.* nisi in mora venditor fuerit, *l. illud 17. hoc tit. l. quod te. 5. si cert. pet.*

2. Quando intelligatur perfecta venditio.

Necessario igitur sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim intelligemus, cujus periculum sit. Perfecta autem intelligitur, cum de precio convenit, & id quod venit apparet, quid, quale, quantumque sit, ac purè venit, *d. l. necessario.*

3. Explicatur difficultas de gustatione vini & mensuratione.

Nec enim priusquam vinum gustatum fuerit, venisse dicendum est: quia difficile est, ut quisquam sic emat, ut non degustet, *l. 4. §. fin. ver. d. ff. de. h. t.* nisi aliud actum sit, *l. si vino. 15. h. t.* & proinde venditoris erit periculum donec gustetur: post gustationem autem emptor periculum sustinet, qui vinum probavit, quia consensum est in corpore & qualitate: nisi forte ad certam mensuram emerit, ita ut in singulas amphoras certum pretium sit statutum. Hæc enim emptio generis esse videtur (cujus interitus non liberat debitorem, *l. incendium. C. si cert. petat.*) non speciei, & hanc habet conditionem. Ut quantum admensum fuerit, tantum sit emptum. Itaque usque ad admensurationem ad venditorem periculum pertinet, non quidem qualitatis, puta acoris aut mucoris (nam illud post gustationem emptori impendet, cui amplius improbare non est integrum, *l. si in emptione. 34. § alia. sub de contrah. emp.*) sed substantiæ, ut si vinum pereat, non emptori, cui nihil est admensum, sed venditori pereat. Ita intelligenda conciliandaque sunt jura, quæ hac de re varie loquuntur. *d. §. alia. l. quod sæpe. 35. §. pen. sup. de contrah. emp. l. 1. l. 4 § fin. d. l. 1. si vina. 15 h. t.*

4. Cujus periculum sit in conditionali emptione.

Porro si sub conditione venit, siquidem deficit conditio, nulla emptio est: quod si extiterit, retrotrahitur ad tempus contractus, unde emptoris esse periculum deteriorationis hoc casu constat, non vero interitus: nam si pendente conditione res intereat, perimitur emptio: cujus existere conditio non potest. Quia ut rei non existentis nequit fieri, ita nec confirmari aut convalescere emptio. Quare perit venditori rei, non emptori, *l. necessario. h. t.* cui necdum erat debita, utpote imperfecta adhuc venditione *l. cedere diem. 213. de verb. signific.* Sanè in conditionali emptione si conveniat: ut res emptoris periculo servetur, puto pactum valere: *l. si in venditione. 10 h. t.* quemadmodum & contra valet, si perfecta venditione se periculo venditor obstringat, *l. 1. in princ. h. t.*

5. Quid in contractu aversionis.

Quamobrem si aversione vinum venit, hoc est, ut qualecunque & quantumcunque esset sine ulla degustatione aut mensura sit venditum, omne periculum in emptorem redundat, qui ad se ejusmodi emptione illud advertit. *d. l. 4. §. fin. d. l. si vina. h. t. vide sup. de exerc. act. & cons. locat.*

6. Quid in emptione in diem.

Sed quid in emptione in diem servabimus? Et sanè si traditioni tantum dies adjecta sit, cum perfecta & pura sit venditio, *§. 1. Inst. t. de verb. oblig.* emptoris erit periculum: *d. l. 1.* sin ipsi venditioni, ut si dies degustationi præstitutus, venditoris: quia sub conditione contractum esse videtur.

7. Venditorem custodiam & culpam præstare, non casum

Etsi autem periculum non sustinet venditor, sicuti diximus, emptione perfecta: tamen custodiam usque ad traditionem præstare debet: *d. l. 1. in princ. & l. 2. in fin.* non qualem suis rebus adhibet, sed pene quam ii quibus res commodata est, aut quis alioqui versantur in re aliena, *d. l. 2 3. & 4.* Fatale tamen damnum aut casum non præstat, ut incendium quidem, vel furtum quamvis difficile est alterutrum sine culpa & negligentia admitti, dummodo quam debent homines frugi & diligentes custodiam, ipse præstiterit. Non enim si servorum negligentia quid commissum est continuo dominus in culpa erit. *l. si vendita. 12. h. t. l. quod sæpe. 35. § si res. vendita. sup. de contrah. empt.* Quod si probetur ipsius culpa, merito ex bona fide tenebitur: ut si cum sciret vinum, non esse duraturum, emptori nihil renunciaverit ut tolleret *d. l. si vina. 15.* aut si in mora tradendi fuerit *d. l. 4. in prin. d. l. illud. 17.*

8. Quid si in mora accipiendi emptor.

Quid ergo si emptor in mora accipiendi sit; ut puta si per eum stet, quo minus vinum mensuretur aut tollatur, an infinitam custodiam præstare venditor debet? sit si quidem dies præstitutus sit post illum denunciabit emptori, ut tollat: quod ni faciat, licet illi etiam vinum effundere, si vasis forte suis habeat opus idemque juris arbitror, si quamvis nulla die præstituta, tantum tempus effluxerit, quo tolli commodè vinum potuit. Denunciabitur enim emptori ut tollat: quod si cesset, liberatur omni periculo, etiam custodiæ, venditor: ac si velit, vel per corbes quibus olim mensurabatur, effundere vinum, aut quod humanius est, quanti sua interest, vinum tolli, postulare potest. *l. 1. circa finem, l. 4. §. fin. h. t.*

OBSERVATA.

Perfecta emt. peric. rei vend. est emptoris.

N. I. *Periculum rei ad emptorem*) (1) per §. 3. *de empt. vend. l. 34. §. penult. de contr. empt l. 7. 8. 11. h. t.* (2) quia perfecta emptione omne commodum ad emptorem pertinet, *d. §. 3. & l. 7. h. t.* (3) quod perfecta emptione nihil imputari possit venditori, si res vendita perierit, sed saltem ipsi emptori cùm potuerit statim offerre precium, & rem accipere salvam, *l. 3. § 8. de action. empt. junct. l. 143. de V. S.* (4) quia venditor perfecto contractu saltem præstat culpam, *l. 5. § 2. commodati l. 23. de R. I.* non ergo etiam periculum, Bachov. *in not. hic.* Vid. Timæ. Fab. *disp. annuv. 24. th. 4.* add. (5) quia hæc actum initio inter contrahentes, ut dominium à venditore abscederet & transiret in emptorem. Diss. Cujac. in *tr. ad Afri. 8. in l. 33. hoc.* putans ante traditionem periculum esse venditoris, maximè propter *d. leg. 33.* ubi venditor emptori pretium restituere tenetur publicato fundo ante traditionem. Verùm respondetur, hîc fundum non periisse sed subesse tantùm quandam difficultatem circa traditionem, cum auctoritate Principis publicatus fuerit, seu militibus assignatus, *l. item si. 19. de R. V. l. 11. de eviction. Emund. Merill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 26.* Atque juxta hanc sententiam subinde etiam pronunciari indubium est. Ita Dn. Antecessores Jurid. Facultatis in Acad. Julia, anno 1614. d. 28. Febr. ad Joh. Drönen civem Magdeb. verbis: Daß nach dem über angeregten Weitzen am 13. April. anno 1613. geschlossenen Kauffe/ davon berühries Schreiben meldet/ die Gefahr/ und daß den 18. erstgemelten Monats in dem allgemeinen Brandschaden zu Magdeburg der selb mit uffgangen/ der Keuffer Simon Elvers/ nach außweisung der Rechte und wann hierin zur guete nicht ein mittelweg zutreffen/ über sich gehen zulassen: und euch an bezahlung desfals ein begnügen zu thun schüldig sey V. R. W. Utrum verò isthæc juri naturali conveniant, in dubium vocat Hugo Grotius *l. 2. c. 12. num. 15.* statuens commenta juris Romani esse *quod res periculo emptoris est, quodque ad eum fructus pertinent antequam dominium transeat*; & plerisque legum conditoribus placuisse, ut ad traditionem usque res commodo & periculo venditoris sit, juxta Theophrastum *apud Stobæum, tit. de leg.* Verùm rectiùs longè de hoc Molina *d. tr. d. 366. n. 11.* *hujus autem rei,* inquit, *non ea est ratio; quod per talem empt. dominium rei venditæ transferatur ante traditionem, atque ita pereat ei tanquam domino, ut innuere videtur Sylvester in summ. v. emptio q. 2. princ. 4. & innuunt quidam alii. Legitima ergo ratio est, quia ita consentaneè ad rectam* rationem *jura disposuerunt. Cum enim venditor perfecto eo contractu solùm constituatur debitor rei determinatæ ac singularis, ad eamque solum jus acquirat emptor pro*

An hæc conveniant juri nat. Aff. contra Grot.

pretio,

pretio, merito est sancitum, ut si illa casu aliquo deterior reddatur aut omnino pereat; periculum totum sit emptoris, venditorque liber à debito maneat. Hæc Molina, cum quo facit & Filliuc. *d.tr.35.c.8.n.176.* dicens id *juri naturali conformius videri.* Less. *l.2.c.2.d.12.* Neque apud Stobæum *loc.cit.* disertè habetur quod affirmat Grotius. Quamvis autem certum sit, apud Ebræos Græcosque peric. & comm. rei venditæ non potuisse emptoris esse ante traditionem, quod contractus hic re perficeretur: sufficit tamen tuendæ legi Romanæ, quod ex aliis causis quàm dominio (quod eodem quoque jure ante traditionem venditoris est) justè statuerit, peric. & comm. ad emptorem pertinere: Quandoquidem enim hic contractus consensu perficitur, statim quoque jus rei petendæ dato pretio habet emptor; ubi itaque non avocat rem in individuo determinatam, iniquum est damnum esse venditoris, qui absque omni culpa est, paratusque semper rem tradere pretio soluto. Secus erat lege aliarum gentium, quà ante traditionem nullum planè emptori jus esse potuit. Hinc Joh. de Lugod *d.26. sect.14.§.un. Ratio autem est, ait, quia licet dominium in empt. non transeat ante traditionem, solutoque pretio vel fide de eo habità, leges tamen voluerunt, ut naturali rationi consonum, ut peric. sicut & commodum rei venditæ pertineat ad emptorem, quia venditor solùm tenetur actione personali ad rem illam tradendam: quare pereunte re cessat ejus obligatio: contra verò emptor actione personali tenetur ad dandum pretium, si illud adhuc non solvit: quare cum illud dare possit, non cessat ejus obligatio.* It Lug. Vera autem sunt hæc de re vendita in individuo determinata; secus est in indeterminata. Videsis Molinam *d.tr.366.& 367.*

TITULUS VII. Cod. 4. 55. 57.

De servis exportandis: vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contrà.

1. *Continuatio.*

Quia nihil olim erat frequentius (ut & hodie apud Turcas) venditionibus servorum: earumque venditionum pactis: ideo tractatus de his hoc loco peculiaris est institutus.

2. *Quæ pacta venditionibus servorum solent apponi.*

Solent autem cum his actionibus conditionibusque mancipia distrahi. Ne quo loco morentur, ubi venditori nocere possint: Ut in alias terras exportentur. Ut manumittantur post tempus, aut contra. Ut ne prostituantur, &c. ac ni pactis stetur, ut certa pendatur pœna, vel sit manus injectio: id est, liceat priori domino injecta manu tanquam suum mancipium vendicare. *l.1. & l.4. C. si mancipium ita ven. & l.2. & l.1. C. si servus exportandus veneat. l. Titius. 9. cum seq. h.t.*

3. *Vi horum pactorum.*

Id genus pactorum non erat improbatum, ex iisque agi poterat, quod emptionis aut pretii pars essent, *l. si venditor. 6. §. fi. h.t. l. fundi partem. 79. sup. de contrah. empt. l. si sterilis 21. §. pen. inst. tit. 1.* adeo ut cessantis venditoris vice fiscus fungeretur, *l.1. 2. 3. C. si servus exportand. l. veneat.* At si de manumittendo erat conventum, tantopere libertati leges favebant, ut nisi ex pacto emptor manumitteret, servus constitutionibus ipso jure libertatem nancisceret tur. *l. 3. h.t. l. 1. & l. 2. C. si mancipium ita fuerit. alien. ut manumittatur l. divus. 5. de jure patron.*

4. *Cujusmodi pacta in hoc genere non valuerint.*

Planè illa pacta, in quibus sola turpitudo aut crudelitas inesset, crediderim non valuisse, ut si quis mancipium hac conditione venderet, uti prostitueretur, aut objiceretur bestiis, aut crudeliter sine causa tractaretur, *d. l. si venditor in fin.* Nec enim est malitiis hominum indulgendum. *l. in fundo 18. sup. de rei vind.* Et cum beneficio homines, non injuriis affici ab hominibus oporteat, *l. servum h.t.* consentaneum non est, ejusmodi pactionum, a quibus humanitas & honesti ratio abhorrent, ullam fuisse vim aut obligationem, *l. generaliter. 26. de verb. oblig.* In eo tamen valoisse arbitror, ut liceret petere. Quanti minoris eo nomine mancipium venditum fuisset, tanquam interesse pecuniarium, idque velle videtur J.C. *in d. l. si vendit. in fin.*

OBSERVATA.

N. I. *Earumque vend tionem pactis)* Pacta quorum hic mentio fit sunt de empt. venditionis adminiculis & pariunt ex vendito actionem personalem. Vide de illis, si placet, Bachov. *h.* Hodie eorum quidem nulla est utilitas. Major ratio habenda nunc aliorum. Ejusmodi est *pactum ad corpus vel mensuram.*

Pacta alia in emt. vend. usitata.

Illud est quando simul mentio fit rei & quantitatis ejus tanquam signi & demonstrationis. v.c. vendo tale prædium quod est x jugerum. Hoc, ubi quantitas rei exprimitur non tanquam demonstratio sed tanquam restrictio venditionis, v.c. vendo tibi ex tali prædio x jugera. Quandoque additur pactum *ut emptor venditori præstet quotannis certam mercedem quamdiu pretium non solverit.* Quod conforme naturæ contractus, cum emptor fructus percipiat. Ubi tamen frequenter adjicitur clausula dominii interim reservandi. *atque tamdiu habeatur res vendita titulo locationis,* sec. *l.78.§. de contr. empt. l.5.§.18. de trib. act.* Eodem pertinet pactum *venditæ equa pregnantis, ut si masculum pariat is sit emptoris, si fœminam, venditoris,* quod de Bar. *in l. si extraneus. de cond. ob turp. caus.* Fab. de Monte *d. tr. q.7. n.24. v. sequitur & seqq.* Filliuc. *d. tr. c.7. n.15.* post Molinam *tr.2. d.367.* Alia quoque sunt pacta injusta ratione pretii, vel personarum contrahentium, vel aliunde. Ita injustus est contractus, *si quis in autumno pretio tunc usitato emat C. oves, ut venditor eas servet usque ad mensem Junium, & fructus interim ad emptorem pertineant; periculum vero ad venditorem.* Item si addatur pactum, *ut in Junio venditor eodem pretio redimat oves,* postquam emptor toto illo tempore fructus lucratus est absque ullo periculo. Similis farinæ sunt hæc, *si emas pretio hodierno C. oves indeterminatè, tradendas tibi postea ubi plus valebunt: si emas triticum pretio quo nunc valet; sed tradendum ubi spes est plus valiturum* Utroque enim casu pro anticipatâ pretii solutione venditorem cogis subire periculum rerum interim fortè perdendarum. Nec dissimile hoc, *si emas triticum pretio nunc recepto, sed tradendum tibi quando valebit minus,* quod pactum injustum est ex parte venditoris (1) quia intercipitur venditori utilitas lucrandi precium; tenetur enim exspectare usque dum triticum vilius vendatur (2) tenetur & triticum (quod species in vendita) ultra quàm par est conservare. Nec non *si ematur v. c. lana pretio tempore contractus planè non determinato*: secus est si lana ematur anticipatâ solutione pretii minori quàm valeat tempore traditionis. Possunt enim emptores precio accepto statim lucrari; quia communis indigentia (maximè si ultro se offerant venditores) minuit precium, aliàs si lana emeretur omnis numerata pecuniâ tempore tonsionis, vilius emeretur propter earum multitudinem & emptorum necessitates: Salas *d. q. p. m. 83.* Quo de consulti Dn. Antec. Facultatis responderunt Consiliariis Anhaltinis Zervestam, anno 1633. d. 29. Jun. verbis: Daß zwar gedachter Wollhandler vergleichung kein Monopolium außdrücklig mit sich führet/ weil jedoch ihnen nicht gebühret sothane Vereinbah-

rung zu machen dadurch die pretia rerum ins gemein verschoben / und niemand frey stehen soll zu zeit deß Kauffs solches gewiß zu determiniren / daß sie dahero straffbahr / und nicht unbillig mit einen Geldbusse zu belegen. B.R.W. De *Monopolio* hic quæri potest, an aliquo modo valeat? Equidem in *l. un. C. de monopol.* indistinctè prohibitum videtur, quàm æquam & prudentem vocat Grot. *in not. ad l. 2. c. 12. §. 16. de i. b. & p.* Etiam contra charitatem peccat qui v.c. cum aliis paciscitur & suadet ne illi rem vendant minoris. Verùm distinguendum, inter modos quibus contingit monopolium. 1. est quando unus aut plures ex privilegio Principis facultatem habent ut soli de re aliqua commercium instituant, s. res tales vendant. 2. ubi privati conspirant de non vendendo nisi certo pretio, quo non emeretur absque ejusmod. conventione. Idem est, si conveniant mercatores, ne nisi pretio infimo emant à dominis mercium. 3. quando aliqui tempore messis emunt v.c. omne triticum vel maximam partem, pretio vili, ut postea omnes ab iis cogantur emere pretio summo aut gravi. 4. ubi aliquis, ut merces suas cariùs vendat, impedit ne alii merces ad eum locum deferant. Primus modus planè non est illicitus, si permittatur à summa potestate justa de causa & pretio constituto, ceu exemplo Josephi Viceregis in Ægypto & aliis probat Grot. *d. l.* Fortè enim absque privilegio tali non essent qui merces ejusmodi adveherent tanta copia quæ in Rep. requiritur. Et ejusmodi quoque est, quod typographis vel bibliopolis indulgeri solet ut intra certum tempus soli libros vendant, quos typis excuderunt, vel excudi impensis suis curarunt. Idem in inventoribus alicujus machinæ vel operis Reip. utilis, quibus justè tale privilegium concedi solet, seu fructus industriæ. Monopolium secundi & tertii generis planè illicitum est: & disertè prohibitum *in d. l. un. C. de monopol.* quæ ad reliqua etiam extenditur. Agitur enim hic contra justitiam partic. minimùm adversus charitatem. Eadem ultimi ratio est, maximè si vis aut fraus impedientis accesserit, cujus & expressa prohibitio extat in der Reichs Polic. Ord. zu Francf. *anno* 1577. *tit.* 18. Fürstl. Policey Ordnung *c. 39. v.* Landt. Absch. Wolffenb. theils zu Saltzdalem *anno* 1597. §. 39. Jung. Joh. de Salas *de empt. vend. dub.* 38. Hinc si populus quidam cum populo alio paciscatur, ut is certi generis fructus qui alibi non nascuntur, sibi soli vendat, monopolium non est, si populus qui emit, paratus sit vendere æquo pretio: tum quod aliarum gentium non intersit à quo emant, quod desideria naturæ attinet; tum quod lucrum alter alteri licitè prævertere possit, maximè si justa causa subsit. Ideoque non est contra jus naturæ talis coemptio; quamvis utilitatis publicæ causa legi civili prohiberi soleat. Neque enim multum abest à modo monopolii contrahendi ultimo, præterquam quod res ita carius non vendatur, sed pretio justo. Vid. Grot. *d. l. 2. c. 1. §. 24.* add. novissimè Dn. Ahasver. Fritzkium *comm. de Monopol.*

Q. de monopolo quid aliq. licitum.

Est tr plic.

DIGESTORUM LIB. XIX.

TITULUS I. C. 4. 49.

De actionibus empti & venditi.

1. *Actiones empti & venditi quales sint quotuplices, directa scilicet, & utilis: & quibus dentur, contra quos.*

EX empto & vendito oritur actio empti & venditi: quarum illa emptori: hæc venditori competit: Est autem utraque civilis, *l. 1. rotade 33. de ædil. edict. in verb. ex jure civ. tact. ff.* bonæ fidei, *l. ex empto. 11. h. t. §. actionum. inst. de act.* perpetua. *Dd. in l. 2. C. de pact. int. empt. l. 3. C. de rescind. vend. l. 3. C. de præscr. 30. annor.* transitoria & directa, quia contractus hinc inde æqualis est: utpote qui gratia utriusque ineatur, ut non debeat melior esse alterutrius conditio: utilis tamen ad distrahendam emptionem. *l. ex empt. 11. h. t.*

2. *Quando utilis detur.*

Et ex contractu procuratoris domino competit, *l. Julianus 13. §. si procurator. 21. h. t.* non directa, quæ alii non datur, quam qui contraxit, *l. cum per eos. C. si quis alteri vel sib.* aut hæredib. ejus: *l. non est novum. 10. l. Lucius 47. h. t.* & successorib. universal. *l. 5. C. de pact. int. empt. l. 3. C. de reb. alien. l. cum à matre. C. de rei vendicat. l. ex deposit. 12. l. ex contr. 49. de act. obl. l. 1. & 2. C. de her. actio. vide late Tiraq. de retr. convent. §. 1. gl. 6. per tot. Schurff. consil. 13. Senatus, num. 3. cent. 1.* non etiam singularibus, *Schurff. dict. consil. 13. cent. 1. per l. 1. & 2. C. de hered. act. & tot. tit. Cod. de act. ab hered.* quemadmodum nec contra directa venditi vel empti actio datur, nisi adversus eum qui contraxit, aut ejus hæredem, *l. 2. de pact. in empt. l. 3. C. de reb. alien.* non etiam in singularem possessorem: *Schurff. d. consil. 13. n. 5. cent. 1. per l. fin. de contrahen. empt. l. 1. § si hæres ad Treb. l. fin. C. de hæred. act.* nec adversus dominum ex contractu procuratoris, nisi utiliter *d. l. Julianus. 13. § si procurat. 25. hoc tit.*

3. *Quid veniat in has actiones: & de materia utrius, quæ.*

Venit autem in has actiones, quicquid inter contrahentes actum est: quod si nihil specialiter convenit, quicquid naturaliter inest hujus judicii potestati: *l. ex empto. 11. hoc tit.*

4. *Ad quid*

Insunt autem naturaliter hæc ut venditor necesse habeat rem tradere una cum fructibus & reliquis accessionibus, à tempore venditionis, ut nostri volunt indistinctè: ut vero Paulus interpretatur, si ex illo tempore pretium fuerit numeratum, *l. 3. §. 1. h. t. l. ex empto 11. §. si quis. 17. hoc tit. l. penult. C. de. vide Paul. lib. 2. tit. 17.* Nam necessitatem tradendi in se contractus habet. *§. 2. Institut. de donationibus in. tot. l. quoties. 15. tit. 34. C. de rei vend. & in l. stipulationes. 72. num. 35. de verb. obligat. Paul. lib. 1. sentent. 13.* quod & Varro lib. 1. de Re rustica docet, quamvis etiam emptor in id quod interest, agere possit. *l. 1. in princ. ubi Dd. l. si jactum. 12. hoc tit.* Nam non simplex factum est in obligatione, sed etiam dare, & affectu dominium transferre tenetur venditor, quia obligatus est pro evictione. Quare ut in reliquis dandi obligationibus potest agi ut res detur, *ubi §. fin. l. stipulationes. 2. ubi Dd. de verb. oblig. Paul. lib. 1. sent. 1.* ita & in venditione, ut cum causa dominii tradatur. Sed & agi potest ad interesse ideo, quia traditio ad quam principaliter obligatus est venditor, plurimum facti habet. *l. si rem. 28. de verb. oblig.* quo in genere succedit obligatio ad id quod interest, præsertim post moram *l. si quis. 3. §. fin. de re jud.* Cum tamen merum factum est in emptione, ut quando jactus retis est emptus præcisè ad factum faciendi, cogi venditor non potest: quia merum factum est in obligatione. & proinde ut in reliquis facti obligationibus, *d. l. si quis. § fi. d. l. stipulationes. 72. ubi Dd. de verb. oblig.* ad æstimationem pervenitur, *l. si jactum. 12. h. t.* Neque tamen (ut dictum est) jure nostro civili simpliciter tradere venditor, sed vacuam esse possessionem præstare debet. *l. 2. § 1. d. l. ex empto. 11. §. idem Neratius. hoc tit.* in eaque potiorem facere emptorem, *d. § idem Neratius. 8.* ac dominium etiam transferre, si habet, vel ejus loco præstare usucapiendi conditionem, una cum evictionis cautione, ad quam pretii solutione obligatur. *Paul. lib. 2. tit. 17.* & quæ loco dominii secutum facit emptorem. *d. l. ex empt. in princ.* unaque cum fructibus, & omni causa, à tempore contractus percepta. *l. 3. §. 1. hoc tit. l. fructus. 13. l. pen. C. eod.*

ex natura contractus tenentur emptori venditor: & an præcisè à traditore cogantur.

Quod

5. *Quatenus de verum vitiis & ex commendatione teneatur.*

Quod si res vitiosa tradatur, siquidem de vitio certior factus emptor non fuisset empturus, agit ad redhibendum etiam empti judicio: *d. l. ex empto § redhibitionem. 3. sin alias emisset,* & uterque rei vitium ignorarit, quanto minoris emisset, vitio rei cognito, petet, quod si sciens venditor vitium astutè celavit, quicquid damni ejus fraude accidit, præstare cogetur, *d. l. Iulianus, 13. in prin. h. t.* Quod si res non vitiosa, sed falsa commendatione pluris justo vendita sit, in id agetur, ut quanto pluris res empta est, reddatur. *d. l. Iulianus. §. si venditor. 3.* Non ea, quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, venditorem obligant, nisi palam sint: ut si dicat, servum speciosum, aut domum bene ædificatam, at si dixerit hominem literatum, vel artificem, præstare debet: nam hoc ipso pluris vendidit, *l. in qua 43. sup. de contrah. empt. gloss. in l. nec supina. in princ. de jur. & fac. ignor.* denique quicquid dolo vel culpa venditoris abest, quicquid præstare æquum est, quicquid pactis comprehensum, in hoc judicium venit. *l. tenetur. 6. §. 5. d. l. ex empt. in prin. h. t. l. pacta 72. sup. de contrah. empt.*

6. *Quando emptor agere possit quando venditor.*

Verum illud sciendum est, non ante ad hanc agendi facultatem admitti emptorem, quam ex sua parte contractum impleverit & precium solverit, aut certè obtulerit *d. l. Iulianus,* cum enim ab illo incipiat contractus, ab eo primum impleri debet: *l. quod vendidi. 19. sup. de contrah. empt.* & inique petat ab alio ut conventionem impleat, qui ipse nec dum satisfecit, *l. si solutionis. 29. de solutionib. l. cum proponas. 2. cum ibi not. C. de pactis.* itaque in pari causa erit potior venditoris conventi conditio, qui rem venditam quasi pignus donec solvatur, retinere potest, *d. l. Iulianus §. offerri 8.* nam & econtrario, si venditor ad precium prior agat, obstabit illi exceptio rei venditæ, & non traditæ, donec plene rem tradat *l. qui pendentem. 25. h. t.* Sed nec illud prætermittendum est, solere stipulationes duplæ venditionibus interponi, ex quibus si suum consecutus sit emptor, amplius agi nequit, *l. ex empt. 11. §. Cassius. 8. l. pred. 28. h. t.* quia contra bonam fidem est, bis idem exigi. *l. bona fides. 57. de reg. juris.*

7. *Ad quid emptor teneatur venditori.*

Econtrario actione venditi agit venditor, ut solvatur ei precium una cum usuris, a tempore rei traditæ, *d. l. Iulianus §. ex vendito. 19. l. curabit. 5. Cod. eod. l. evictis. 18. §. fin. de usuris.* aut alioqui à tempore moræ, *l. fructus 13. C. eod.* Traditio enim rei constituit in mora empturum: cum qui possidet emptor, ex ipsa fructuum perceptione commonefacere se debeat de prêtio solvendo, nec enim æquum fuerit, ipsum fructu rei perfrui, venditorem autem neque pecuniam, nec ejus fructum consequi. *l. 5. C. eo. junct. l. quod te 5. si cert. petat.* Ubi autem nec traditio facta est, neque mora intervenit, verum non est, usuras à tempore contractus venditori deberi. *l. initio. 5. Cod. de pact. int. emp. & vend. l. fructus. 13. C. eod. tit. ad. l. evictis. 18. §. fin. de usur.* Nec enim hic eadem est ratio, quæ in emptore, Is enim fructus a tempore contractus perfecti lucratur (quanquam & hoc controversum esse diximus, nisi precium sit solutum) quia scilicet ejus periculo & incommodo res est: *§. cum autem. inst. de empt. l. secundum. de reg. jur.* at periculo venditoris non est precium, quia est generis obligatio, quæ non perit interitu speciei *l. incendium. si cert. pet.* Cum igitur periculum ad eum non pertineat, nec fructus usuræ pertinere debet; sed juxta regulam usura demum ex mora debebitur, *l. mora. 32. §. in bona. de usur.* Porro precium venditoris facere emptor debet. Etsi enim venditor, sicut dictum est, præcise non obligatur, ut emptorem faciat rei dominum, ne usus & facultas contractus impediatur (quotusquisq; enim in promptu dominium rei quam vendit probare possit?) liberaturque obligatione evictionis, & libera rei traditione, quæ super dominio emptorem faciunt securum: tamen emptor nummos facere venditoris debet: *d. l. ex empt. 15. in prin.* cum in genere consistant, nec usum habeant ullum, nisi in abusu, qui soli domino concessus est. Præterea agit, ut res emptas aut emptor tollat, aut id quod interest præstet, *l. 1. §. licet sup. de peric. & comm. rei vend.* item ut fiat id quod pacto nominatim est conventum, *l. qui fundum de contrah. empt. d. l. tenetur. 6. §. 1. d. l. Iulianus.*

8. *Forma agendi.*

Ex quibus omnibus facilè jam intelligi potest, qua ratione & forma utraque hæc actio sit proponenda. Nam empti quidem actio duobus temporibus intentatur, vel ante traditionem, vel traditione jam facta. Antè traditionem, ea forma proponitur, ut primo dicat emptor sive actor, emptionem jure ac legitimè, certo precio deque re certa, quæ omnibus notis quibus potest, est designanda, *l. si rem. 6. de rei vend.* fuisse aliquo tempore (quanquam hujus expressio non est omnino necessaria *Ferra. in for. lib. vend. ad verb. de anno. per doctrinam. Innocent. in c. fin. de re judic. Bart. in l. 1. in prin. de eden. & in l. 1. §. hoc interdictum. ff. uti possidetis.*) factam, & consensu perfectam, hæc enim contractus, ut loquuntur, substantialia, merx scilicet, precium, & consensus omnino sunt exprimenda, *Ferra. in d. lib. vend. in princ. l. 1. 3. 8. de contrahen. empt.* ut fondamentum intentionis quæ ex contractu fluit: quo non subsistente, ipsa actio quæ hinc oritur, subsistere nequit. *l. licet. §. in obligatio. de procur.* Deinde subjiciat, ex eo se contractu precium solvisse aut obtulisse, vel etiamnum offerre, aut ad diem condictam solvere paratum esse, *l. Iulianus. 13. §. offerri h. t.* (nam qui sibi contractum cupit impleri, is ut illi sua à parte ante omnia satisfaciat, vel satisfacere paratus sit, oportet, *l. cum proponas. 21. C. de pac. l. sive. 18. C. de transact. vide tot. tit. de except. rei vend.*) neque tamen venditorem hactenus frustra interpellatum, velle secundum contractus fidem rem tradere, sed aliam ex alia moram nectere, & apertè emptorem agentem frustrari ac ludificare. Quod cû ita sit, petere ut Judex per sententiam suam venditorem condemnet, & legitimis remediis compellat, ad rem venditam emptori agenti tradendam, *§. perficiuntur. 3. Instit. de donat.* una cum omni causa, vacuaque possessione *l. 2. §. 1. l. ex empto. 11. hoc titul.* & fructibus, *l. 1. §. 1. hoc titul.* à tempore venditionis perceptis, *l. fructus. 13. Cod. eod. vide tamen distinctionem Ferra. in d. lib. venditionis. ad verb. fructus. Aretinum consil. 160.* ac reliquis accessionibus, *l. penult. C. eod.* eoque quod interest agentis, traditionem debito tempore factam non esse, *h. 1. in prin. ubi Dd. l. Lucius. 47. cum l. seq. h. tit.* & cum justa evictionis cautione, *l. quod si nolit. §. quia assidua. de ædil. edict. l. in dubii. C. de evict.* Quod si emptori non sederit ad rem agere, forte quia nunc illam habere non expedit, occasione bene utendi amissa: aut quod illa extincta post moram (nam ante moram periret emptori) aut corrupta sit: ut si vino, bobus, aut caribus emptis, nunc commode uti non possit, *l. cum venditorem. 10. l. sicut. 12. C. eod.* liberum ei est, ad id quod in totum interest, agere, *l. 1. h. t. l. 4. 10. & 12. & passim. C. eod.* quod interdum precium ipsum excedit, si pluris referat, rem traditam suo tempore fuisse, quam illa valet. *l. 1. l. Lucius. 47. l. si sterilis. 21. §. quamvis hoc tit.* In superiore igitur agendi formula tantum singulare interesse venit: in hac porrò & ipsius rei æstimatio, & quicquid præterea interest emptoris rem traditam fuisse. *vide Bart. & Dd. in h. 1. h. t.* In venditione animalium, quæ facile occultis vitiis sunt obnoxia, hoc amplius peti potest, ut præstetur absque vitiis ea esse, *l. ex empto. 11. §. redhibitionem. ut. l. in quo 43. § fin. l. si cum fundum. 68. de cont. empt.* Et hoc quidem modo ante traditionem hac actione agi, tralatitium est; post vero eam factam, interdum etiam utiliter proponitur ut si res vitiosa vendita sit & tradita, potest agere emptor vel ad omne interesse, siquidem scienter aut per latam culpam talis venditá, *d. l. Iulianus. in prin. d. l. si sterilis §. quamvis h. t.* vel ad redhibendum, si se potius cætere expedit, *d. l. ex empto. 11. §. redhibitionem. h. tit. t. t. de ædil.* vel quanto minoris, cum scilicet nulla venditoris culpa argui potest, ut refundatur de precio tantum, quanto minoris res prolato foras vitio emi potuisset. *d. l. Iulianus.* Item cum petunt, ut fines & jura rei venditæ declarari, & instrumenta huc pertinentia restitui, *l. venditor. 52. h. t.* aut quando ob insecutam evictionem, & venditori prius denunciatam, *l. fin. t. de empt.* ad totale interesse agitur. *vide infr. de evictio. & C. eo. tit.* Eadem est agendi ex vendito ratio: scilicet intendat venditor, rem venditam & traditam esse (ne scilicet obstet rei non traditæ exceptio, *tot. tit. infr. de except. rei vend.*) eoque ad precium sibi dandum petat emptorem compelli, una cum usuris à tempore moræ, *l. initio. 5. C. de pact. int. empt. l. si fructus 13. C. eo. l. evictis. 18. § fin. de usur.* vel quod perinde est, *l. Iulianus 13. §. ex vend. in verb. item usura precii post diem traditionis, nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras precii pendere. h. t.* traditæ rei *l. curabit. 5. C. eo. d. l. evict. 1. §. fin. de usur.* computandis; quæ in locum interesse, quod in pecunia haberi potest, succedunt, *l. fin. supr. de peric. & com. rei vend. l. nummos. 3. de in lit. jurand.*) unaque cum sumptibus in rè vendita post venditionem factis, *d. l. Iulianus. §. præterea ex vend.* & quanti pluris vendere potuisset, nisi ab emptore deceptus venditor esset, *d. l. Iul. §. per contrarium.* Item ut merces tollat, & interesse hoc nomine præstet. *l. si fundum, hoc. h. t. §. licet. de per. & comm. rei vend. l. si lapides h. t.* & quicquid aut ex natura contractus debetur aut dictum conventumque fuit expleat *l. 1. l. tenetur. 6. d. l. Iul. 13. §. 1. §. si vend. §. ex vend. h. t. l. sed & Cel. l. pacta 72. de contr. empt.* quo casu potest interdum ad retractandam quoque venditionem agi, si videlicet pacti intuitu res vendita sit, *l. cum te. C. de pact. int. empt. & vend.* sicut & cum ex lege commissoria, aut addictione in diem res repetitur, *l. si fund. & t. t. de leg. com. & de in diem addict. l. 3. & 4. C. de pac. int. emp.* Nam etsi ex natura contractus, actio utrinque detur, non ad rescindendum, sed ad implendum duntaxat contractum, *l. vend. 6. l. 1. C. de rei vend. l. non idcirco, C. de contr. emp.* tamen utilis etiam est ad eundem distrahendum, cum id scilicet inter partes actum est & conventum, *d. l. ex empt. § si quis vend. h. t. l. si fund. 4. de le. com. l. sed Cels. §. si fund. l. hac vend. §. fin. de contr. emp. l. cum te. C. de pact. int. emp.* quarum conventio lex est contractus. *l. 1. §. si convenlat. depos. l. ex emp. 11. h. t. l. contractus. 23. de reg. jur.* Est etiam cum utrivis ultra dimidiam justi precii æstimationem decepto, licet alternative agere, ut aut præstetur justum precium, sive reddatur, aut iniquo contractu abeatur, *l. 2. C. de rescind.*

rescind. vend. quæ actio à nostris condictio ex lege solet appellari *Salic. & Dd. in d. l. 8.* datur enim magis ex beneficio legis quàm ex natura contractus, secundum quam licet contrahentibus se invicem decipere *l. in causa. 17. §. pe. de min. l. 4. l. si voluntate. 8. C. de resc. vend.* Sed hæc ultra dimidiam læsio ex communi æstimatione, non pro singulari agentis affectione probanda est: *g. ossi. in l. non est. 6. C. de resc. vend. ter l. precia. ad l. Fal. cum aliis ibi all.* alioqui quamvis duplũ offeratur, non tamen ad rescissionem contractus fenestra aperiri debet, *l. non est. 6. C de resc. vend.*

OBSERVATA.

Actio ex empto & vendito ut differant.

N. I. *Ex empto*) Proprietate sermonis differunt invicem actio ex empto seu empti, & actio ex vendito, seu venditi, *arg. l. 11. h. t.* quia emtio & venditio (undè prædictæ actiones) distincta sunt facta seu actiones; & aliud est emere aliud est vendere: quomodo & distinctè definiri possunt, ut supra scriptum. At Jurisconsulti his verbis promiscue utuntur, quia contractus, quo de loquimur, est negotium sub duobus actibus correlativum. Ideoque quemadmodum significat totum contractum, & emptio compræhendit sub se venditionem: atque è contrario venditio emptionis actum complectitur, *l. 19. h. t.* ita & actio ex empto compræhendit actionem venditi, *l. 13. §. 25. l. 31. pr. eodem.* & vice versa hæc illam. Cæterum aliquando emptio venditio, *improprie* accipitur pro quocunque contractu vel alienatione dominii translativa, *l. statu liberi §. quintus. de statu lib. l. si aut. §. vend. quib. mod. pign. vel hypoth.* quæ hîc ἀλλότριος est, de quâ consulat, qui volet, Fabian. de Monte *d. tr. q. 2. princ.*

Quom. hic directa actio.

N. II. *Directa*) Notandum hic I. quod directa intelligatur, quæ utrinque talis, oppositivè ad eas quæ ab una parte directæ sunt, ab altera contrariæ, ut locati cond. actio pignoratitia, commodati. depositi. Bachovius *in not. h.* censet, ex eo quod hic subjicitur quid de actione utili, quemvis facile putare, Autorem hic directum utili opponere. Verùm nulla hæc collectio est; tum quia directa & utilis variè dicitur (tum verò quia ex leg. citatis patet contrarium. II. Causa quare hæc actio directa vocetur, non illa est quod contractus emt. vend. gratia utriusque ineatur; tunc enim & ex pignoris contractu (qui sine dubio utriusque causa fit, *§. fin. quibus modis re contrahitur oblig.*) utrinque directa existeret, quod absurdum. Sed vera & adæquata ratio est, quod emptio venditio sit contractus ἀντίπαλος, f. talis ex quo uterque contrahentium, venditor & emptor, sibi invicem statim ab initio & non ex post facto obligantur, sc. hic ad precium solvendum, ille ad mercem tradendam, juxta latius notata supra *de pignor. actione p. 546.*

Quom. dicatur utilis.

III. Utilis dicitur actio emti vend. quoad directam quidem, sed alio sensu ac superius, nimirum illa utilis, quæ ex æquitate datur, proficiens (1) etiam illi qui non contraxit, ut domino, & contra eum ex contractu procuratoris, *l. 13. §. 25. h.* (2) ad distrahendum, *l. 11. §. 5. hic.* hæc non nisi ei qui contraxit, & ad implendum. *arg. l. 6. C. si quis alteri vel sibi.*

Quæ ipso jure acquiritur.

Sed quæritur *an ejusmodi utilis actio acquiratur ipso jure, an verò demum per cessionem?* Respondetur acquiri ipso jure, modò constet de mandato, *d. l. 13. §. 25. h. t.* Si enim cessio intervenit, cessionarius non utitur utili, sed exercitii in tantum habet actionis directæ, quæ in ossibus cedentis radicata est & manet, *adde l. 2. C. de O. & A.*

An venditor teneatur tradere fructus Aff.

N. III. Confus. hîc tractat Noster quinque diversas quæstiones, quæ oppidò erant distinguendæ. Prima est, *an venditor teneatur emptori tradere fructus?* Aff. quia periculum, ergo & commodum ad eundem spectat, *l. 13. C. h. t.* Idem est in iis quæ veniunt ex natura & occasione rei, licet casu accedant.

An à tempore cont. Aff.

II. Quæritur, *An fructus debeantur à tempore contractus an vero ex soluto demũ pretio?* Prius aff. quia ex eo tempore res est emptoris, E. & accessiones, *arg. dicta l. 13. C. h. t.*

An præcisè tradere: A.

III. *An venditor præcisè cogatur rem venditam tradere*, hoc est factum traditionis præstare, an verò præstando interesse liberetur? Prius affirmatur ex fundamentis præcipuè juris Romani; exinde enim est obligatio venditoris ad rem, reliquis gentibus ignorata, huncque contractum traditione perficientibus, (neque tamen, ut velle videtur Grot. *de j. b. & p. l. 2. c. 12. §. 16.* juri naturali contraria) si modò rem tradendi facultatem habeat, *§. 1. de Empt. Vendit. §. 2. de Donat. arg. l. 6. Cod. de rescindenda vendit.* Ratio solida est, quod hîc subsit obligatio dandi; nam cogitur dare venditor, *l. 11 §. 2. hic*; hoc est in effectu dominium transferre, *l. 75. de V. & O.* Quicunque autem tenetur dominium transferre, is etiam præcisè cogitur tradere, *arg. l. f. §. 1. C de Usur. rei judicata l. ult. C. de fidei commiss. lib.* Quia verò obligatio in hoc contractu non est simpliciter dandi, *arg. d. l. 11. §. 2. h. t.* hinc prædicta regula suas habet limitationes. 1. Si venditor non habeat facultatem rei tradendæ, *l. 1. h. l. 4. C. eod.* 2. Si non intersit emptoris rem tradi, *l. 20. C. h. t.* 3. Si subsit merum factum; quod tradi nequeat, *l. 12. h.* Vid. Tim. Fab. *disp. Anniverf. ad th. 3. C.* Bach. *in not.* Goehaus. *peric. 6. p. 2. q. 32.* Dn. Loccen. *syn. jur. ad leg. Suecan. accommod. in observat. p. 809.* Ita Dn. Antecess. Fac. an. 1622. d. 9. Jan. ad H. von Peerkentin/ verbis: daß M. L. das verkauffte Gut N. euch zu tradiren und zu liefern / und dargegen die versprochene 18000. fl. Kauffgelder anzunehmen/ auch die à tempore moræ uffgewandte Expensen und erlittenen Schaden zuerstatten schüldig. V. R. W. Et ad B. Loschar civem Brem. an. 1634. m. Octob. verb. Daß der getroffener Kauff-Contract auß angezogenen Ursachen nicht zu infirmiren/ sondern B. L. denselben zu halten schüldig/ und dahero die außgestalte Obligation zu contradiciren nicht befugt. Solte aber die traditio deß verkaufften Antheils nicht so bald geschehen/sondern B. L. damit ein zeitlang vom Verkäuffer auffgehalten werden/so ist er die verschriebene Zinse nicht à tempore contractus, sondern à tempore moræ abzutragen verbunden. V. R. W. Eodemque pertinet Responsum ad Joh, W. O. de an. 1630. d. 27. Sept. verb. Daß der zwischen euch und J. E. getroffener Contract pro empt. vend. zu halten/ und dahero ex capite pœnitentiæ nicht rescindiret werden könne. Ihr seid aber/ ehe gedachter E. den Contract von seiner seiten adimpliret/die verkauffte Güter ihm zu tradiren und abzutreten nicht verbunden. Add. Dn. Mev. *ad jus Lubec. l. 3. l. 6. a. 18. n. 2.* ait, hanc sententiam juris communis esse justiorem & veriorem; à qua hactenus recedat jus Lubecense, quat. res immobilis vendita aut tradenda sit emptori, aut pars decima pretii promissi solvenda, atque sic venditor præcisè tradere non cogatur. Quod statutum, ceu nimis exorbitans, restringit non modò ad res immobiles, sed & ad tempus pretii non recepti partisve ejus, neque factæ traditionis.

Pactum pœnale deß Reukauffs. Non fit traditio nisi precium solvatur, aut de eo fidefiat.

Æquipollet illi statuto pactum pœnale deß Reukauffs / quod emtionibus subinde adjicitur, ut in casum pœnitentiæ certum quid solvatur, de quo Berlich. *1. dec. 43. & 44.* IV. Q. *An venditor teneatur tradendo dominium transferre*; & V. *An vacuam possessionem?* de quibus dicere antevertimus *supr. de contr. empt. n. 12.*

N. VI.

N. VI. *Non ante*) Emptori agenti ad traditionem venditæ rei, rectè opponit venditor exceptionem non soluti pretii, nisi alio modo satisfecerit emptor, vel venditor habuerit fidem de pretio. *arg. §. 41. & seq. de rerum divisione.* Ita & venditori agenti ad pretium rectè opponit emptor exceptionem venditæ rei & non traditæ. Quibus officere videtur hoc argum. Perfecto contract. empt. vendit. ponitur & obligatio & actio empti vendit. Atqui postquam convenit de pretio, perfectus est statim contractus empt. vendit. E. tum etiam statim competit actio. Resp. ad Majorem disting. inter perfectionem contractus primam & secundam. Quoad illam statim etiam ab initio competit actio, hoc est quoad nativitatem, ut loquuntur, non vero quoad hanc: & ita intelligi debet *l. 13. §. 8. h. t.* Bachov. *in not.* Praxin hujus ostendimus in Responso Fac. *n. praeced. sub. f.*

Exceptio ad conc. credit.

N. VII. *Ut solvatur ei precium*) Venditor contra emptorem habet actionem venditi ad precium principaliter directum. Idque etiam in concursu creditorum obtinet, adeo, ut etiamsi certum non sit cui ex prioribus multis de prioritate contendentibus solvi debeat, emptor tamen obtentu concursus nondum finiti, contra voluntatem creditorum precium retinere non potest; certum enim est creditoribus deberi; & iniquum foret, rem & precium simul contra b. f. ab ipso retineri, *l. 11. §. f. l. 50. de action. empt.* Dn. Mev. *p. 2. dec. 171.*

Actio ex l. 2. C. de resc. vend. est ex empto non cond. ex lege.

Condictio ex lege) Rectius dicitur competere actionem ex empto 1. quia actio empti potest etiam dari ad dissolvendum, *l. 11 §. 5. hoc tit.* Veniunt in eam quæ more & consuetudine contrahentes sibi invicem præstant, *l. 31. §. 20. in f. de adil. ed.* E. & illa quæ lege seu ex certo jure & dispositione, *arg. l. 2. C. de resc. vend.* Diss. Autor hic, putans ex lege condictionem dari. 1. Quod fit ex beneficio legis, hoc est ex nova lege, *arg. l. unic. de condict. ex lege.* Respond. negando, quia & veteribus planè non fuit incognitum ejusmodi remedium, *arg. l. 47. de Evict.* 2. Quia ex natura contractus contrahentibus licet se invicem decipere. Resp. Hoc verum, jure quidem Romano de læsione quæ fit intra dimidium, *l. 8. Cod. de resc. Vend.* Nam quæ fit ultra, juxta ll. positiv. huic contractui contraria est, *d. l. 8. juncta l. 2. eod.* Proinde rectè datur actio ex illo contr. ad læsionis illius correctionem. Add. Arumæ. *ad d. l. 2. disp. 2. th. 6.* Dn. Locc. *d. syn. diss. 10. q. 7. p. 351.*

TITULUS II. C. 4. 65.

Locati & conducti.

1. Commune nomen locati & venditionis contrahendum.

POst explicatum emptionum & venditionum tractatum, consequens est, ut de actionibus locati & conducti videamus. Locatio enim proxima est emptioni, *l. 2. & 2. h. t.* & quasi quædam usus rei emptio, adeo ut dubitari in quibusdam soleat, emptio an locatio sit contracta, *d. l. 2. §. 1.*

2. Quid sit locare, locator, conductor.

Locare autem propriè est in aliquo loco ponere. Hinc locare dicuntur, qui in agro fundove constituunt aliquem, ad utendum vel habitandum: & generaliter usu obtinuit, ut locare dicerentur, qui rem alteri fruendam non gratis, sed ob aliquid concedunt. Hinc locare, conducere nummos, apud Horatium: hoc est fœnori dare & accipere. Locator itaque est, qui pro rei usu mercedem accipit: conductor, cujus ductum res sequitur & a quo præstita mercede detinetur: quod in locatione operis faciendi contra se habet. Is enim qui operas præstat, dicitur opus conduxisse: quia ejus ductu tota constructio peragitur: qui dat mercedem, locasse, *l. 2. C. eod. l. qui insulam. 30. §. pen. l. 60. 51. fin. h. t. & de signific.* [illegible] *verb. & in hoc passim. Cujac. observ. lib. 2. c. 28 & l. 4. c. 16. & Inst. de locatio. prin.* Nam ut universum qui dat utendum vel faciendum aliquid certa mercede, locator est: qui accipit, conductor: *vide Cujac. obs. lib. 2. c. 28.*

3. Quid sit locatio.

Locatio est contractus nominatus, in quo personarum vel rerum usus pro certa aliqua mercede conceditur: aut locatio est personæ vel rei ad usum facta concessio pro certa mercede. Verbum usus excludit abusum. Nam si res consumatur, ut si locetur pecunia, mutuum est, non locatio.

4. Contrahitur consensu.

Contrahitur locatio consensu, sicuti emptio & venditio: quoniam naturalis est, & omnium gentium, *l. 1. h. t.* eoque non solum expresso, sed etiam tacito: ut si quis post elapsum locationis tempus, patiatur inquilinum in domo manere, *l. item quæritur. 13. §. 11. in fin. cum l. seq. h. t.* Requiritur autem consensus in duobus ad implendum contractum: videlicet ut primo conveniat de re quæ fruenda præstetur, *l. ex conducto. 15. §. 1. in fin.* Deinde ut de certa mercede. *d. l. 2. in prin. h. t. l.* [illegible] *§. si quis servum, supr. depos.*

5. Materia, quæ res locari possint.

Res omnis locari potest, sive mobilis, sive immobilis: nec interest, propria sit an aliena, *l. si rebus alien. 7. h. t.* quia dominium transferri necesse non est, *l. non solet. 39. h. t.* corporalis & incorporalis, ut ususfructus: *l. in prin. Inst. de usu & hab. l. 7. de usuf.* [illegible] *si quis domum* [illegible] *prædii* les tamen servitutes, quæ fundo debentur, locari per se non possunt, nisi cum ipso fundo *l. locare. 44. h. t.* Rem propriam conducere nemo potest, *l. si quis 9. § pen. h. t. l. neque pignus. 45. de reg. jur. l. qui rem propriam. C. eod.* Cum enim proprium sit domini posse re sua uti, iniquum esset ejus usus nomine cuiquam a domino mercedem præstari.

6. Forma.

Locatio & conductio contrahi intelligitur, si de mercede conveniat. *d. l. 2. in prin.* sed utrum ea in pecunia numerata consistere debeat, an vero sufficiat alias res fungibiles loco mercedis dari, non levi de causa addubites.

7. An merces in pecunia consistere debeat.

Pluribus placuit nummos requiri: *gl. & Dd. in l. 1. § si quis servum. sup. deposit. & in §. 1. Inst. eod.* propterea quod J. C. dicat, nisi pecunia interveniat, actionem præscriptis verbis dari, *d. § si quis servum. l. naturalis. 5. al. cum de. cons. de præscript. verb.* Sed sciendum est, ibi pecuniam speciem quidem excludere, complecti tamen res, quæ pondere, numero, mensura constant, ut plerunque solet *l. fin. C. de const. pec. d. l. 1. §. reddenum. ubi Dd. supr. si cert. pet. vide supr. ad tit. de constit.* Itaque verius est, locationis mercedem constitui posse vel in nummis, vel pecunia, vel partibus. Nummis, ut fit plerunque pecunia, ut si quis certum frumenti aut olei numerum polliceatur loco mercedis, *tex. in l. si ò v. C. eod.* partibus, cum colonus in vicem mercedis, partem fructuum tertiam aut dimidiam forte promittit, qui colonus partiarius appellatur, quod tamen genus conventionis volunt Dd. in contractum innominatum incidere *in l. si pascenda. C. de pactis.*

8. De temporibus locationum.

Potest autem locatio fieri vel in perpetuum, vel ad tempus, *l. 1. & 2 si ager. & vectig.* sed ubi ultra decennium, vel, ut quidam volunt, quinquennium fit locatio, transire solet in aliud contractus nomen, *Cujac. institut. de locat. per Novell. 120.* quæ tamen tantum de Ecclesiasticis rebus, nec de locatione sed de emphyteusi agit, ut Emphyteusin, libellum, censum, &c. *Dd. in l. 1. de rebus Ecclesiæ non alienan. & in Leodic.* [illegible] *de nummis leg. facit d. l. 1. si ager. vectig. & c. 1. §. donare, qualiter olim feudum alienari poterat. in usib. feud. vide Ias. in l. 2. C. de jur. emph. Ferr. in for. lib. ad verb. in vestrum. ad fin. præstat.* Nam de communi nostrorum sententia, ex locatione decennali aut longiore, semper utile dominium transfertur: *gl. in l. fin. si ager. vect per l. 1. §. quod autem. de super. Ferr. in for. lib. ad fin. præst.* quod Connanus improbat, *l. 6. cap. 12.* cum locationis ea natura sit, ut nihil juris de dominio transferatur, *l. 2. C. de præsc. 30. annor.* quare secundum hanc contractus naturam contractum intelligi debet, *l. si nno. al. ex conducto. 15. §. Papinianus, h. t. l. 4. C. de jur. Iac. in tract. feud. in verb. ita quod etiam psi nn. 1. l. ex empto. 11. de act. empt. Ias. in l. ult. num 29. Cod. de jur. emph. Cor. cons. 190. plures in prin. part. 4. Socin. cons. 19. num. 6. vol. 1.* nisi fuerit aliud conventum: ut in emphyteusi, *d. Nov. §. 120. de aliena. emph.* & publicis locationibus conveniri solet, *d. l. fin. sing. vect. 15. de loc. pub. fruen.* item cum superficies locatur ad inædificandum, *d. l. 1. de superf.* nam ædificatio non rectè fit & commodè, nisi a domino, *§ cum autem Inst. de rer. divis.* quare cui ædificandi jus conceditur, utendum pro arbitrio areæ jus, atque ita utile dominium concedi videtur, in aliis autem locationibus etiam longis, contra esse ex eo intelligitur: quod conductoribus etiam longissimæ possessionis adimatur præscribendi jus tanquam alienæ rei possessoribus, *l. 1. C. de præsc. 30. ann.* item quod præterea ex his longi temporis

petis condictionibus non indistincte dat realem actionem: sed causa cognita, *d.l.1.§. quod autem de superf.* Potest etiam fieri, quoad is qui locavit, voluerit: quæ locatio mutatione voluntatis, aut quod perinde est, morte finitur, *l.4.h.t.* Quod si nullum tempus expressum sit, quamdiu durare locationem dicemus? & putaverim hoc casu in rusticis prædiis in annum factam locationem videri, ut percipi fructus locationis queant, qui semel tantum quotannis in agris nascuntur: in urbanis tam diu, quoad alteruter contractui renunciet: *l. item quæritur 13.§. fi. h.t.* quod tamen cum aliquo intervallo & temporatione erit faciendum ut usus rei constare conductori possit, neque subito migrare cogatur *in l. in commodata 17 § sicut supr. commodati.*

9. *Finis.*

Finis locationis est idem qui omnium contractuum: Ut rerum usus sine alterutrius partis incommodo inter homines communicetur. Effectus ex actionibus, de quibus paulò post dicemus, intelligi potest. Adjuncta est huic contractui pignoris obligatio.

10. *Adjuncta & adsitia.*

Invecta enim & illata in urbanis prædiis, tacite pro mercede oppignorantur: in rusticis, fructus qui ex prædio percipiuntur, *l. sicut in* 24. *§ 1. h.t.* qua de re dicemus inf. ad tit. in quib. causis pign. vel hypo. tacite contrah. Cognata huic contractui est emptio & venditio, *l. 1. & 2. h.t.* etiamsi quibusdam differat.

11. *Differentia inter venditionem & locationem.*

Nam primo in emptione transfertur dominium rei in perpetuum: in locatione, usus tantummodo que ad tempus dominio non mutato *l. convenit. 65. supra de contra. empt. d.l. non solet. 39. h.t.* Imò in possessione quidem, *l. cum in plures 60. §. 1. h* *l. leg. 1. C. de præst. 30 ann.* Deinde periculum rei pertinet ad emptorem, non vero ad conductorem, *l. si quis domum. 9. §. si colonus. 3. cum seq. l. ex conducto. 15. §. 2. l. si merces 25. §. vis major. h.t.* Tertio emptio precium in nummis requirit: locatio, mercede pecuniæ contenta est. Quarto, quædam vendi possunt, non locari, ut jus servitutis; quædam locari, non vendi, ut res alienari prohibitæ. Reliquas differentias videre licet apud *Dd. in pr. in Inst. eod.*

12. *De contractu emphyteutico.*

Est etiam omninò consimilis huic contractus emphyteuticus & libellarius. Differunt tamen in paucis, ut notatur Jas. & alii *in l. 1. & 2. C. de jur. emphyt.* Pugnat cum hoc nimia inæqualitas mercedis, ut si uno nummo fiat locatio, *l. si quis 46. h.t.* aut ultra dimidiam justi pretii sit deceptio: *Dd. in l. 2. C. de rescind. vend.* quanquam alioqui pluris minorisve locare aut conducere licet, ut & emere: *l. item si pretio 22. §. fi. cum e. seq. h.t.* item error in re & mei code, *l. si decem. 52. h.t.* & dolus malus: *l. cum in plures 60. §. mandavi. 4.* quæ omnia conventionem hanc vitiant.

13. *Quæ actiones ex hoc contractu dentur.*

Oritur autem duplex hinc actio, locati & conducti: quarum illa locatori, hæc conductori competit, utraque bonæ fidei est: *l. quaro. 54. h.t.* & in hæredem transitoria, *sed addes. 19. §. ex conducto 8. l. pen. h.t. l. viam. C. eod* (quamvis jure Sax. non tamen ulitato, locatio hæredem nihil obliget: *Fachs. diff. 2. Rhein. diff. 12. p. 1. art. 16. lib. 3.*) non etiam in singularem successorem. *l. qui fund. 32. h.t.*

14. *Quid veniat in actionem locati.*

In actionem locati venit persecutio mercedis: etsi enim inquilinus in solutione cessans post biennium, etiamsi aliter pactum sit, licite expellitur, *d.l. quaro. 54. §. inter. 1. l. cum domini 56. l. pen. h.t.* nihilo tamen minus potest mercedem suo tempore locator exigere, *l. legem. C eod.* sed quo tempore, quæstionis est. Et quidem si non in annos singulos, sed certo tempore locata est, finito locationis tempore: quia dies semper pro debitore est: *l. qui hoc anno 42. de verb. oblig. §. omnis. Inst. eod.* sin in annos singulos, exacto anno *tex. in l. 1. §. si pensio. in verbis, nondum debeatur infr. de migrando.* idque servatur consuetudine, quæ attendenda est. *l. circa. C. eo.* Qui vero opus conduxit faciendum, si pro toto opere pecuniam stipulatus est, non nisi opere perfecto & probato petere mercedem potest. Secus si ad mensuram vel in dies pensio promissa sit: *l. qui insulam. 30 §. pen. h.t.* qua de re plura Dd. disputant *in l. C. eod.* Petitur autem merces una cum usuris post moram *d.l. quare. l. præses C. eod.* Deinde & damna hoc judicio petuntur, quæ culpa conductoris contracta sunt, *l. si vulneraverit. 43. h. t. Paul. lib. 1 sent. 18.*

15. *Quando dol. m. in. cus. custodiam præstet conductor.*

Ut si forte res facta sit deterior, *l videamus. 11. §. 1.* aut incendio non fortuito corrupta, *d.l. si quis 9. § si colonus 3.* Uti enim re sicut bonus paterfamilias, *l. si merces 25. § conductor 3.* & dolum atque culpam præstare debet, *d.l. si quis §. 4.* etiam eorum quos induxit, si inducendis culpam admisit: *d.l. videamus l. qui insulam. 30. §. fin* atque adeo inimicorum suorum, si ejus odio rem fecerint deteriorem, *d.l. si merces. §. culpa. 4.* In hoc judicium & illud venit, quod contra legem locationis factum est, quia culpa est contra pacta venire. *d.l. videamus. §. fi.* Imperitia quoque artificis culpæ adnumeratur. *d.l. si quis. 9. §. pen. l. item quæritur. 13. § si gemma. 5. ea lege 3 §. locav..* Custodia etiam & leviss. culpa non ex natura locationis, sed ratione circumstantiarum aut pactionum interdum præstanda est, ut ab iis qui pro custodia mercedem accipiunt, *l. qui mer. edem 40. cum seq h.t.* vel si res natura sua exactissimam diligentiam requirat, *d.l. si merces. 25 § pen.* Item a sarcinatore & fullone, & cæteris, qui tanquam artifices locant operas, & rebus recipiendis, custodiendis, reficiendisve quæstum faciunt. *d.l. item quæritur. § si fullo. 6. d.l. si merces. § pen. & fi.* Agitur etiam ad id quod interest, si ante finitum locationis tempus sine causa rem conductor deserat. *l. sicut in leg. 24 § si domus 2. l. dominus. 55. §. fin.* Item in hoc ut exacto locationis tempore res reddatur. *l. si quis conductionis. C. eod. d.l. videamus. § pen.* Quo casu contra non restituentem juratur in litem. *l. si cui 48 h.t.* Nonnunquam etiam ante finitum tempus, si videlicet dominus nova necessitate coactus, re sua opus habeat, vel inquilinus ea abutatur. *d.l. quare. § inter. l. 3. C. eod.*

16. *Quid in actionem conducti veniat.*

Conductor agit in hoc, ut sibi liceat re locata uti, aut solvatur id quod interest: *l. 7. 8. 9 h.t.* ut reficiat locator domum aut mercedem pro rata temporis, quo uti nequit, remittat: *l. ex conduct. 15. l. habitatores. 27.* ut præstet damna vitio rei locatæ contracta, si facilè sciri vitium potuit & ad certum usum res quasi ab artifice locata est: ut si vas vitiosum a victore locetur, secus si lateat vitium, ita ut prudentiss. fallat. nec in ea locanda artificium suum, quasi rei bonæ & integræ, locator profiteatur. Ut si ager conductus herbas noxias ferat, *sed addes 19. § si quis dolia. 1. h.t.* item in hoc agit, ut propter interitum rei, aut sterilitatem fructuum, labe aliqua contractam vel incendium, aut aliud impedimentum usus rei merces remittatur pro rata temporis quo usus conductor non est, *d. l. si quis. 9. § hoc 1. d. l. ex conduct § si vis. & § ubicunque. d.l si merces. § vis major.* Cum enim ob usum rei illa præstetur, æquum est, ut qui uti ea nequit, illi pensionis fiat remissio.

OBSERVATA.

Quis locator, conductor in locatione rei vel facti.

N. II. *Locator itaque est*) Melius hæc ita dignoscentur. In locatione *rei* dicitur locator, qui rem dat utendam sub certa mercede, conductor qui rem utendam accipit & præstat mercedem, *l. 16. §. 5. l. 24. §. 1. l. 33. h.t.* Hujus utilitas est quod rei locatæ merces possessori (qui locator præsumitur) solvi debeat, D. Mev. *p. 5. d. 28.* Quid si verò miles conduxit, an valeat conductio quæri potest? Negatur hoc expr. textu *l. 31. C. h.* Groenvvegen *ibid.* dicit eam l. Hollandorum & Gallorum moribus in desuetudinem venisse, & rationes *d.l.* refutat: add. Zypæ. *not. 1. Belg. l. 12. de re milit.* Autumn. *confer. du droit. Franc. in d.l.*

An miles possit conducere?

Nostris temporibus idem obtinere dixerim, quod amplectitur quoque Dn. Brunneman *in comm. ad eand. l. 31.* & experientia id testatur. In locatione facti, quæ vel operarum vel operis, idem quidem obtinet, quod dictum s. de locatione rei, *d. l. 19. § pen. l. 24. § 1. l. 38. l. 13. § 3. & 4. h.t.* sed hic unus & idem diverso respectu locator dicitur & conductor, quia sub facto continetur & opus & opera. Nam qui locat s. præstat operam & accipit mercedem; conducit opus faciendum, & vice versa *l. 22. § 2. h.t.* h.e. qui conducit operas seu cui illæ præstantur quique mercedem dat, is dicitur locare opus faciendũ. Hinc artifex lignarius vocatur locator, respectu operæ quam locat, contra dominus conductor, ratione operæ, quia artificis operam conducit. Idem lignarius conductor dicitur, ratione operis faciendi, & contra dominus locator, *l. 22. § h.t.* Idem est in locatione operarum, *l. 11. § 3. l. 19. § 7. h.* Sic enim ancilla, servus, famulus locat operas suas, unde locator dicitur: sed quia agit hoc ad opus faciendum, hinc etiam vocatur conductor Dn. Conrado à Summenh. *de contr. li. & illic. tr. 5. q 87. vers. tertia suppositio.* Locatio operarum est locatio personæ, non q. ipsæ operæ locentur, sed persona s. corpus ejus locetur ad operas, labores impendendos. Addes si Vincent. Caroc. *de loc. cond. p. 1. q. 1. n. 8.* & post hæc scripta visum D. Vinnium *comm. ad § 1. de loc. & conduct.* Sutholt. *dissert. 15. aph. 37. & seq.* Conf. Bachov. *in not. h.* ubi benè monet, quod non quævis facta veniant in loca-

Quæ facta locari solita.

locationem, etsi pro iis pecunia sit promissa, sed quæ sini locari solita, quod ex duobus æstimari potest. 1, *si sint talia quæ certa mercede æstimabilia*, & locari solita, ut tabulam pingere, ædificare domum, aliquem quo vehere *l. 5. §. 2. de præscr. verb.* 2. si ad alium *ex illis utilitas sit perventura*. Hacque ratione inde excluduntur tum facta digniora, velut docere Philosophiam aliasque disciplinas, tum illa ex quibus qui pecuniam dat, utilitatem non sentit, velut servum manumittere unde non locati actio, sed extraordinaria, aut præscriptis verbis competit, juxta Observata *ad n. 3. & 12. supr. mandat.* hic omnino repetenda.

Locatio an ambigua.

N. III. *Locatio est*) Accipitur ea 1. impropriè, pro quavis concessione rei ad usum, etiam quæ utendo consumitur. Ita mutuo locatio fit, *arg. l. 231. pr. de usur. N. 160. in præf. & cap. 1.* atque locatio contractum libellarium, censiticum, emphyteusin comprehendit, *arg. §. 3. de loc. cond. l. 8. l. 21. C. eod.* 2. Propriè est solius usus pro certa pecuniariâ mercede concessio. Ita differunt planè mutuum & locatio, etiam gentium juribus, *l. 2. h.* Vid. Arist. *5. Eth. 5.* cui locatio

Usus apud gentes.

μίσθωσις. Exod. 22. 25. *& seqq.* ubi Grot. *in annot.* Deut. 24. 14. Levit. 19. 13. Matth. 20. 2. 4. 1. ad Cor. 3. 14. Constant. L'Empereur. *de legib. Ebræor. forens. Cod. t. c. 10. §. 10. p. m. 304. p. 21. & 237.* & de *δίκη μισθώσεως* Ulpian. in Demosth. *…* & in 3. *Olinth.* Sic definit Joh. de Logo *disp. 29. s. 1. n. 1.* contra-

Definitio de Lugo rejecta.

ctum quo res vel persona ad usum vel ad fructum pretio conceditur. Verùm pretium hic propriè non intervenit, nec eò usus æstimatur, sed pensione & mercede, quamvis hæc pretio respondeat, *l. 51. §. 1. h.* Neque æstimatio hîc datur pro rei dominio, sed usu solum à dominio separato: unde conveniens huic negotio non est pretii nomen, quod usurparunt gentes in empt. venditione. Rectiùs finimus *contractus, quo usus rei conceditur pro certa mercede pecuniaria.* Ubi res gene-

Alia bene.

raliter intelligenda, etiam pro persona; quia finis & effectus locat. cond. est in usu, vel ex re, vel ex facto, personæ ic. Dn. Frantzk. *exerc. 11. q. 1. n. 1.* Hinc, licet affinis sit emptioni vend. locatio, *l. 2. pr. & §. 1.* non tamen est eadem. Consensu perficitur, & bon. fid. est, pretioque respondet merces, atque rei dominio jus utendi. Sicut res domino perit, ita naturaliter sterilitas & alii casus qui usum impediunt, damno sunt conductoris, Grot. *d. l. h. & p. l. 2. c. 12. §. 18.* Attamen ex natura locationis nunquam transfertur dominium, neque possessio, *l. 39. h. §. 5. de interd.* ut intentio est in emptione, nec pretium in ea est æstimatio proprietatis, sed pensio & merces est, ut dictum, æstimatio usus, *d. pr.* Quin nec usus pro una æstimatione conceditur, sed ad annos pro pensione successiva. Addesis observata *ad tit. de cont. empt. n. 2.* Et licet casu usus impediri queat, jus tamen locatori est petendi promissam pensionem, quæ tempore contractus tantum valebat, ut erat conventum, quamvis id pactis vel legibus mutare liceat, Grot. *d. l.*

Differentia ab empt.

Substantialia.

Quemadmodum verò tria emptionis, ita & tria hujus contractus sunt substantialia scil. consensus, rei usus, pensio seu merces. Jung. Caroc. *d. p. 1. q. 11. in f.* Nota-

Contr. ad firmam quid.

tu dignum quoque est quod Canonistis locatio dicatur contractus ad firmam *c. 8. de decim. c. f. ne prel. vices suas c. 2. & 9. h. t.* Firma, firmano, est à firma, certâ (ut fixa) mercede, ceu notat. Innoc. Citon. *in parat. jur. can. ad h. t.* Aliter verò Gryphiand. 1. *occ. leg. h. n. 19.* putat si contractui huic aut simili accedat scriptura cum renunciatione aliisque cautelis, esse illum contractum quem Itali *ad firmam* vocant, *dd. loc. Boer. dec. 224.* & dici sic *à firmitate*, de qua in LL. Alemannorum *c. 1. & 2.* si quis liber res suas ad Ecclesiam Dei dederit, & per chartam firmitatem fecerit, & post hæc à Pastore Ecclesiæ per beneficium susceperit ad victualem necessitatem conquirendam diebus vitæ suæ, & quod spopondit, persolvat ad Ecclesiam censum de illa terra, &c.

Cur locatio sit contr. consensualis, contra Wesenb.

N. IV. *Quoniam naturalis*) Non adæquata hæc ratio est, nam propterea hic & contractus est consensualis, quod consensu nudo (sine rei interventu) super usu rei & mercede perficiatur, textib. in f. h. citatis. Non mutat *l. 1. hoc titul.* Resp. enim, (1) & mutuum, & reales cæteri, item contractus innominati sunt naturales seu omnium gentium, *l. 5. de I. & I. §. 2. de I. N. G. & C.* E. sequeretur & hos esse consensuales. (2) Naturalis vocatur contractus, *d. l. 1.* quod verbis non contrahatur: nam qui jur. gentium sunt contractus, verba præcisè non requirunt; contra stipulatio verba exposcit, cum juris sit civilis. Cæterum Tacita locatio dicitur ferè duobus tantum casibus (1) quando conductor patiente locatore remansit in re conductâ ultrà tempus finitum, *l. 14. l. 13. §. f. h. l. 16. C. eod.* (2) si quis sciente & patiente domino inhabitet ædes, & singulis annis exinde ei pensionem solvat, *l. 16. l. 18. C. h. l. 13. §. f. l. 14. ff. eod.* Consul. Corac. *d. tr. p. 3. & 1. q. 13.*

Quæ tacita locatio.

Objecta locat. res facta.

N. V. *Res omnis*) Objectum sunt res quæ possunt esse usui, nec respuunt locationem. Et sunt vel *res* in specie sic dictæ, vel *facta*. Illæ vel corporales (mobiles, ut navis, grex, vehiculum, & immobiles,) vel incorporales, ut ususfructus (quatenus jus reale est,) *l. 9. §. 1. h. t. §. 1. de us. & habit.* emphyteusis, feudum, 2. *F. 9. §. 1.* Vincent. Caroc. *d. tr. ad l. si quis domum. §. 1. h. t. p. 2. q. 38. & mult. seq.* Facta sunt vel operæ vel opus. Contra attentur hîc (1) res quæ non in rerum naturâ, vel respuunt naturam locationis, *ut servitutes prædiales*, *l. 44. h. t.* tum quia rebus inhærent, & per se non existunt, tum quia substantiale est huic contractui, ut fiat ad tempus, quod naturæ servitutum contrarium est. *l. 4. de servit.* Dissentit Bachov. *in not. h.* Item res *simpliciter propria*, h. e. quando alter nec jus in iis nec ad eas habet. Nam secundùm quid propriæ hic non excluduntur, exemplo, *l. 37. de pignor. act. l. 37. de acq. possess. l. 21. h. t. l. 33. in f. de usucap.* (2) Eadem ratione hîc exulant facta, quæ vel fieri non possunt, vel non sunt solita locari. Cujusmodi sunt facta Advocatorum, Præsidum, Medicorum, docere Philosophiam, aliasque disciplinas, qui operam dicuntur præstare beneficii causâ, quodque illis datur, non merces sed honorarium est, vel salarium, quod tributum iis Romano jure meritò propter rei excellentiam. Vid. Observ. ad *n. 2. & 12. supr. mand. & n. 2. h. t.*

Merces hic est pecun. numerata.

N. VI. & VII. *Sciendum*) Q. solet an merces in locatione præcisè debeat consistere in pecunia numerata? Distinguit Greg. Lopez. 1. *animadv. 15.* & Busius *ad l. 2. h.* inter locationem rei & operarum: seu fruendi & faciendi, à quorum sententia non abludit Wesenb. (1) quod mercedis nomine apud JCtos, & bonos auctores non solùm pecunia numerata, sed & aliæ res fungibiles veniant. (2) In locatione rerum perinde sit, an consistat merces in pecunia numerata, an in aliis rebus fungibilibus, quas fert res conducta, *l. 35. in f. h. l. 8. l. 2. C. h. t.* modò merces sit proportionata usui, aliàs enim societas sit vel contractus innominatus, *l. 25. §. 6. h. §. 1. Instit. eod.* In locatione verò operarum dicunt requiri, ut merces semper consistat in pecunia numerata, *l. 5. §. 2. de præsc. verb.* Verùm rectiùs Dd. comm. hic requirunt mercedem in pecunia numerata, ut pretium in empt. venditione: quos sequitur Bachov. *ad Tr. & Wes. h. t.* Præcipuè per *l. 1. §. 9. depos. l. 25. §. 6. h. l. 28. §. 2. l. 46. §. 52. l. 58. eod. l. 1. in f. mand. l. 26. §. 1. de furt. d. l. 5. §. 2. de præsc. verb. §. 2. l. h.* Neque valet responsio Autoris, pecuniæ vocem in illa *l. 5. §. 2.* non excludere res alias

fungibiles, vel eam loqui de locatione operarum, velon est tabulam pingere; Cum ibi cum empt. venditione comparetur indistinctè. Nulla etiam responsin est; quod in *d. §. 2. ubi datur res pro usu rei*, propterea non sit locatio, quod ibi non sit aliquid, quod nomen mercedis possit habere, sine qua nulla locatio, *§. 1. eod.* neque fuerit mens contrahentiom celebrare contractum locationis, *arg. l. 55. de O. & A.* sed contractum innominatum, facio ut facias. Ratio enim rationis est quod merces in pecunia oum. non intervenerit. Et verbum *locare in l. 21. C. h.* impropriè significat contractum innominatum: atque ibi speciale est, & ratio contrahendi admisit hanc quasi levem alterationem contractus, quod merces in parte fructuum, quos ipse fundus producit, constitui possit, Eodem spectat *l. 8. C. d. t.* Neque etiam contrariatur *l. 35. in f. h.* quia ibi vera quidem conductio fuit, sed admittitur voluntaria compensatio ratione fructuum pro mercede: adde *l. 9. C. de resc. vend.* & vide hanc quæstionem latissimè examinantem Carocium *d. tt p. 1. & q. 12.* Diss. Zoes *comm. h.* Proinde si merces consistat v. c. in frumento, vino, oleo, societas est ubi concessio facta per partes quotitativas, ut tertiam, quartam, *l. 25. § 6 h. l.; 2. § 2. pro soc.* contractus verò innominatus, si per partes numerales s. certam mensuram, v. c. decem modios frumeon, *l. si rem. §. si cum. de præscr. verb. l. oles C. h. t.* Caroc. *d. p. 1. q. 10. n. 6.* Ubi illud in primis notandum, & hunc innom. contractum venire nomine locationis, impropriè & optimo modo, sec. not. *ad n. 5. h. in d. l. 21. C. h. l. 8. l. 18. C. eo t.* propter contractuum horum adinvicem similitudinem, *§. 2. i. h. t.* Quod & vernaculæ nostræ convenit, Pacht & Pachten/ dicitur etiam de illis qui pro certa fructuum portione agri usum acceperunt.

Ex locat. ad decennium non est dominium utile.

N. VIII. *Quod Connanus improbat*) Comm. volunt DD. locationem post decennium tribuere utile dominium atque esse speciem alienationis. Verùm ista DD. sententia minimè attendenda est, contra manifestissimum textum & rationem in contrarium, vid. Carpzov. *p. 2. c. 37. d. 22. n. 6. 7.* Rectè ergo Conn. & Wes. id improbant, (1) quia ex natura hujus contractus fieri non potest ut dominium transferatur, juxta effatum Ulpiani in *l. 39. h. t.* (quod admodum justissimum appellitat L'Empereur. *d. p. 30. 4. in f.* E. nec ex temporis adjectione. (2) Si locatio quædam perpetua est, quæ, licet longissimom tempus duret, tamen manet locatio, sequitur quod locatio post decennium non possit tribuere dominium. At verum prius, *l. 10. C. h. t. l. 24. §. fin. ff. eod.* E. Dissentit post alios Bachov. *h.* quod Prætor det actionem in rem, *l. 1. 2. & 3. si ag. vectig. N. 120. pr. & c. 1. l. 1. de superfic.* Resp. Ex *n. 3. supr.* locationis prædicatum tribui aliquando emphyteusi & contractui superficiario, quat. & in illis res ad usum (jure licet dominii utilis) conceditur.

Idem in aliis bonis locatis.

Secùs verò est in locatione ad longum tempus; per *d. l. 10. C. h. l. 24. §. f. ff. eod.* qua de latè Casp. Schifordeg. *l. 1. tr. 18. q. 1. & seqq.* Dn. Frantzk. *de laudem. c. 15. n. 6. & seqq.* Atque hæc fortè ratio est, quod locatio semper ferè ad novennium contrahi soleat, saltim non ultra novennium. Proinde separari debent bona locata Laßgüter/ ab aliis quæ jure dominii utilis aut alterius juris in re habentur. Illa nullâ obstante temporis præscriptione revocari possunt finito contractu, *l. 2. l. 7. §. f. C. de præscr. 30. ann.* Vid. Berlich. *p. 2. concl. 28.* Speidel. *in notabil. v.* Laßgüter. Ejusdem

Et bonis majoratus, Meyergüter.

ferè conditionis sunt in illustr. Ducat. Br. Lunæb. bona Majoratus nonnullis dicta, die Meyergüter/ de quorum prohibita alienatione extat constitutio D. Henr. Julii *de an. 1593. d. 3. Apr.* renovata *anno 1604. d. 2. Apr.* Landtags Absch. zu Saltzdalem §. 19. *v.* damit auch. Sive simpliciter ad certum tempus elocata fuerint (potius concessa contractu innominato ut solvatur certa portio fructuum) sive cum pacto Relevii & renovationis singulis novenniis, ut aliquando fit. Sunt enim hæc ex pactis adjectis, non immutantibus naturam horum bonorum, solitorum concedi per contr. innom. ad modum locationis. Quod autem ex illis novennio quolibet solvitur nonnunquam, vicem laudemii habere videtur, *d. §. 19.* eum qui ea habent, sint q. coloni partiarii. Vid. not. *f. n. 6. & 7.* Alia ab his bona dantur quæ jure *perpetua coloniæ* habentur, h. e. ubi quis per 30. vel 40. annos tenuit bona, eorumque nomine singulis annis certam ac uniformem pensionem solvit, de quibus videri potest Franc. Balb. *de præscr. p. 4. pr. q. 9. n. 1.* Menoch. *præsumpt. 168. n. 1. & seq.* & novissimè D. Mevius *p. 3. dec. 288.* Secus enim planè, ubi ab initio non de istiusmodi canonis præstatione constat, sed quod bona ejusmodi concessa fuerint titulo locationis, appareret; tunc enim pro locatis habentur, in quibus conductor nihil juris in re potest prætendere: vid. Ein. Cothm. *1. resp. 79. n. 116. & seqq.* Juxta quæ ex facto consulti in Facult. Juridica anno 1649. d. 30. Octobr. respondimus H. B. Bronsvicum verbis: Thuet sichs berichteter massen verhalten/ daß die 10. Hufen quæstionis von deren colonis vor 10. 20. 30. 40. 50. 60. und mehr Jahren allein gegen jährliche præstation so an gewissen Scheffelkorn angeliefert/ ohn einige vergangene meyerung noch renovation, ersessen und genossen worden: So ist deren Gerechtigkeit an selbigen äckern pro jure perpetuæ coloniæ zu achten/ und demnach auch der itzige possessor mit einiger vermeyerung oder auch verhöhung der Scheffel nicht zu beschweren/ sondern gegen entrichtung gewöhnlicher alten quantität des Korns dabey zu manuteniren und zu schützen. V. R. W. Item anno 1648. d. 18. Mart. versus L. F. F. I. & H. S. verbis: alldieweil auß der verschreibung sub *n. 1.* klärlich zu ersehen/ daß die Pfannengüter quæstionis von dem Kloster S. herrühren/ und es also dem Concessionario A. E. und dessen Erben/ in dem sie bekennen das es res alienæ sein/ am bona fide, ohn welchen kein jus perpetuæ coloniæ kan præscribiret werden/ ermangelt/ auch selbige Güter nicht in qualitate emphyteuseos oder immerhin zu gebrauchen so lange ein jährlicher canon davon entrichtet würde/ sondern bereits vor diesem auff gewisse Jahr und pension oder mercedem, so meist in pecunia numerata bestehet/ dergestalt ꝛc. außgethan/ daß der Innhaber davon die bewilligte Jahr über ꝛc. davon geben solle ꝛc. So ist gemelte conventio, unsers rechtlichen ermessens/ kein emphyteusis noch contractus perpetuæ coloniæ sondern locationi conduct. am ähnligsten und dafür zu achten. Adeoque & Locatio cond. potiùs quàm perpetua colonia præsumitur, D. Mev. *p. 1. dec. 163.* Ceterùm prædictis obstare videtur, quod, si oves vaccæve ferreæ locatæ sint, vulgò eysserne Kühe und Schaffe / periculum earum sit conductoris, cui consequens videtur quasi in eum & dominium transeat, cùm res suo domino perire intelligatur, *l. quæ fortuitis. C. de pign. act.* Verùm contractus ejusmodi ad locationem propriè non pertinet, cum in eo merces in fructibus tantum solvatur & non in pec. numerata, *arg. l. 25. § 6. h. t.* ut nec contractus Majoratus de quo supra: analogiam tamen cum locatione cond. habent, quat. & in iis res ad usum conceditur, & solvitur pro eo compensatio. Licet ideoque & Socida contractui societatis conveniat, quod plerisque approbatum dicit Clarissimus Dn. Tabor *de jure socida, c. 2. th. 11. & 16.* Attamen & Loca-

Ac in bonis perpet. coloniæ utile dom. transfertur.

Non verò in cont. socidæ.

quæ prop. non est locatio.

Locatio cond. vocari potest extensâ & impropria significatione, *arg. l. 21. C. h. t. N. 120. pr. & c. 1.* & quat. ille qui v.c. oves accipit, comparatur colono partiario, quia sub pacto hoc, pro certa mercede cum prædio oves æstimatas conduxit, ut de singulis certam quantitatem lanæ vel casei solvat, atque periculum & casus illarum ad se, non ad locatorem vel dominum spectare debeat, Andr. Rauchbar. *p. 2. q. 19. n. 13. & seqq.* Quomodo Dn. Antecessores Facult. anno 1639. d. 2. Sept. responsum dederunt Gotofr. Saur Præfecto Falckensteinensi, verbis; Ob es wol dein B. D. A. verwundert/ daß den angedeuteten conductoren vermöge contracts zu erkandt/ daß sie das jenige was sie wegen der eysern Kühe und Schaffe versprochen/der Kirchen nach wie vor abzutragen schüldig seyn: So ist doch solcher contract durch ein algemeinen gebrauch zulässig: weil nun solche Kühe und Schaff allzeit des Locatoris verbleiben und nicht sterben/dahero sie auch eyserne genant werden: so muß der conductor oder Pachtman/ welcher jährlich ein gar geringes davon gibt/ den Abgang deren Eigenthumbsherrn/ der gewohnheit nach allzeit ersetzen/und das versprochene davon entrichten. Add. Dn. Carpzov. *jur. for. p. 2. c. 37. d. 1.* nec non Dn. Gryphiand *Oec. leg. l. 1. c. 29. n. 87. & seqq.*

Emptor non tenetur servare contractū initum à venditore cum colono.

N. XIII. *Non etiam in singular. Success.*) Puta Titius locavit domum Cajo, & postea vendidit Sempronio, qui locationem Titii improbat, vultque Cajum domo expellere. Q. an Cajus contra Sempr. singularem successorem domus (ex empto) habeat actionem locati? Neg. *in l. 25. §. 1. h. t. arg. l. 120. §. 2. de leg. 1. l. emptorem 8. C. h. t.* quia successor singularis locatoris non tenetur stare contractui coloni, ut enim hic non potest convenire emptorem, ita nec hic astrictus est ejus contractui, *l. 32. h. t.* Et hoc est quod dici solet, Kauff gehet vor miethe/ oder Kauff bricht Hewr. Ratio à priori est, quod totus hic contr. atque actio inde descendens sit personalis, quâ conductor se obligat locatori, & vice versa: cum ideoque successor particularis non succedat in debitis vel in juribus personalibus, nec ipse poterit habere jus obligandi alterum ex facto antecessoris; & hoc est, quod dicitur in *l. 25. de obl. & Act.* actionem personalem competere adversus eundem: add. D. Mevium *p. 1. dec. 54.* Exceptio est (1) nisi conventum, ut & singularis successor v.c. ex empto, servet contractum antecessoris, *d. l. 25. §. 1. h. l. 8. C. eod.* quo casu tamen singularis successor, præstando interesse, liberatur, *d. l. 25. l. 13. §. pen. l. 53. §. f. de act. empt.* Jung. D. Mev. *p. 5. dec. 29.* (2) Excipitur, si locator conductori rem locatam, vel in genere bona omnia oppignoraverit, atque is ita habeat jus in re (3) Fallit in venditione rei locatæ necessariâ, & sub hastâ, Dan. Moll. *lib. 4. semestr. c. 14.* Exceptis his casibus, successor singularis non est astrictus: potest tamen conductor expulsus agere loc. conducti adversus locatorem ad interesse, *l. 24. §. 4. l. 30. l. 33. h. t.* Videsis Molinam. *d. tr. 490.* & Joh. de Lugo *disp. 29. sect. 1. n. 16. cum seqq.*

Obligatur & hæres locat. jure Sax.

Cæterum jure Sax. veteri, Landrecht *lib. 3. art. 77.* constitutum videtur, quod locatore intra tempus locationis nondum finitum decedente, etiam successor universalis s. hæres ejus locationi ad certum tempus factæ, usque ad finem stare non teneatur. Unde notare solent Juris Sax. Interpp. locationem defuncti hæredes isto jure haud obligare. Sed verius est, quod etiam jure illo Sax locat. conductio hæredes obliget. das des locatoris Erben die Miethe außzuhalten verpflichtet seyn/ und dergleichen Contract. beyderseits Erben verbindet. In dubio n. jus Sax. ex communi jure fore interpretandum sciendum est. Nec officit *d. art. 77.* Loquitur enim de agro cujus dominium non erat locatoris, nisi quoad vivebat, quod patet ex ratione ibi subjectâ, quod nempe defunctus non potuerit nisi ad vitam agrum guarendare, h. e. gewehren/ unde jure locantis resoluto jus quoque conducentis resolvitur, *l. 9. §. 1. l. 31. de pignor.*

An ux. quo ad locatam rem dotalem.

Quæri hic potest, si maritus fundum dotalem locaverit, an matrimonio morte ejus dissoluto, & fundo dotali ad viduam revertente, eadem locationi per defunctum maritum factæ stare teneatur? Quod negatur, *per text. in l. 25. § f. sol. matr.* & quod vivente adbuc marito, fundi dotalis domina existat, adeoque non jure hæreditario illum à marito consequatur. Potest tamen hoc casu conductor heredes mariti convenire ad interesse, quod ex fundo conducto, si eo usque ad finem locationis uti licuisset, percepturus erat, *d. §. fin.* Molina *d. tr. disp. 492. n. 3.* Neque enim valet in contrarium ratio Joh. de Lugo *d. disp. 29. n. 10. cum seqq.* dissentientis, quod maritus sit quoque administrator bonorum dotalium, unde uxor ejus locationi stare sic teneatur, ut minor factus sui juris, re à tutore locatâ. Dotis enim maritus est dominus, non curator, *l. 30. C. de jur. dot. l. 9. C. de rei vind.* Secus in paraphernis, *l. f. C. de pact. qua cum supr. dot.*

Præstatur in loc. cond. culpa levis.

N. XV. *Dolum atque culpam*) Præstantur hæc ex natura contractus, *l. 5. §. 2. commod.* ex ratione, quam antevertimus notare supra *t. commod. n. 7.* Excipitur (1) nisi aliter sit conventum, *l. 23. de R. I.* (2) si res naturâ suâ requirat exactissimam diligentiam, *l. 25. §. pen. h.* (3) si pro custodia merces accipiatur, *l. 40. & seq. h. t.* (4) si quis artificium profiteatur, *d. l. 23. §. 1. l. 22. §. 6. h.* quibus casibus præstatio culpæ levissimæ requiritur. Non obstat *§. pen. l. h. t.* R. superlativum ibi positum pro positivo, *arg. l. in re. 21. C. mandat.* ut verbum explicetur secundùm subjectam materiam, & naturam contractus, ac significetur ejusmodi diligentia, quam quisque diligens paterfam. rebus suis adhibere solet. Quod nemini mirum videbitur, cùm è contrario positivus pro superlativo non rarò positus repetatur, *§. item 15. cui l. quib. mod. re contr. obl. l. 5. §. custodiã 5. commod. l. 25. §. non tantum 1. fam. hercisc.* vid. Franc. Mantic. *de tac. & amb. conv. f. 10.* Pertinet quoque huc quod locatori post finitum locationis tempus res locata statim sit restituenda, de quo D. Mev. videre licet *p. 2. dec. 263.* cum limitationibus ibi adjectis: nec non locator quando conductori teneatur ad interesse & quando ad remissionem mercedis, *p. 2. dec. 84.* & quando locatio cond. ex causa non observati contractus pro resoluta habeatur, *p. 2. dec. 34.* item quod locàtio terminum ex resignatione habens, finiatur tantùm ea factâ, non autem ex solo tempore, *p. 3. dec. 61.* Spectat huc etiam quod conductor prius rem conductam restituere debeat, & postea de proprietate agere, *l. si quis C. h. t.* Autumnus *in censura* putat hoc jus novum esse, sed malè; quia spolium committit qui rem alterius nomine hactenus possessam, ut suam incipere vult possidere, Zypæ *in not. jur. Belg. ad d. t.* Exceptiones tamen videre licet penes D. Brunneman. *in comm. ejusd. l.*

Quando cond. possit expelli.

Agitur etiam ad id quod interest) Ex natura hujus contractus, & locator ante finitum tempus locationis conductorem expellere non debet, nec hic ante idem tempus finitum, rem locatam deserere. Hincque nec locatæ rei venditio liberat locatorem, nec ei tribuit jus resignationis contractus, D. Mev. *p. 1. dec. 54.* Sed utrumque habet suas exceptiones. Primo enim conductor expelli potest ex causa necessitatis, quæ supervenit ex post facto, ut si locator domum propriis usibus necessariam probaverit, &c. *l. ade 3. C. h. t.*

Explicatur l. 3. C.

Quod tamen ut obtineat, duo requiruntur, (1) ut ea necessitas ex post facto supervenerit, *arg. l. 11. §. h.*

& causa. 8. de interrog. injur. fac. (2) Ea necessitas probanda est; neque tunc standum juramentu locatoris, *arg. l. 17. in f. de judic.* Cui consequens, quod conductor non nisi causâ cognitâ expelli debeat, & judicis auctoritate, *arg. l. non est singulis. 576. de R. I.* Matth. Berlich. *p. 1. c. 67. n. 67.* quamvis dissentiat Gotofr. *ad d. l. 3.* & Joh. Azor. *Inst. mor. p. b. l. 8. c. 8.* Quod tamen sic temperandum censeo, ut tunc demum judex adeatur, si monitus à locatore, causisque justis allatis, ultro cedere recuset conductor. Multi enim bonis rationibus convicti judicium defugiunt. Add. Groenvveg. *ad d. l. 3. n. 5.* ubi rectè recedit ab A. Fabr. *l. 4. c. 42. d. 59. in Cod.* statuente quod simpliciter propria authoritate conductorem expellere liceat. Sed quæritur, *anne hæc etiam in fundo s. prædio rustico obtineant?* Negat Sichardus, *ad d. l. n. 6.* & Molin. *d. disp. 489. n. 6. & 13.* quod in ejusmodi prædio necessitas talis inhabitandi occurrere nequeat, neque etiam facultas hæc expellendi extendenda sit, cum veniat ex lege positiva, & privilegiatâ ratione certarum domuum, sitque odiosa, & revera contra naturam contractus secundùm se consideratæ; juxta not. *ad tit. commod. supr. n. 11.* Bald. *in d. l. 3. C. h. col. pen. in med.* Anton. Gomez. *2. ref. lib. 3. n. 6. in f.* Less. *de j. & j. l. 2. c. 24. d. 7. n. 34.* Lugo *de j. & j. d. 29. sect. 1. n. 13.* Cujac. *d. tr. p. 4. q. 22. n. 35.* Dissentit D. Carpzov. *p. 2. c. 37. d. 6. n. 11.* stipatus quidem præjudicio aliquo adducto, adeoque principio externo & à posteriori, sed nullâ ratione innixus. Prudentes autem coloni cautelâ uti solent, ad excludendum hoc locatoris privilegium, ut sc. initio contractus promittat, quod non velit conductorem expellere, & dictæ *d. l. ade 3. C. h. t.* renunciet. Deinde & ipse conductor ante locationis tempus finitum ex justa causa recedere potest, *arg. l. 13. §. 7. h. t.* Requiritur autem ad hoc (1) justa causa desertionis, ut si vitium sit in re locatâ, unde necessariò migrandum, si obscurentur lumina habitationis, vel alio modo habitationi officiatur, adsit impetus hostilis, causa damni infecti, &c. & tunc pro rata temporis, pensionis remissio fieri debet, *l. 19. §. 6. l. 25. §. 2. h. t.* Si autem ex nudo arbitrio, vel ex causâ haud sufficienti recedat conductor, totius temporis pensionem solvere obligatus est, *per l. 55. §. ult. h. t.* Et ex hoc fundamento decisum memini in Senatu Academico casum, cum quidam metuentes ruinam ædium, ex Musæis conductis, ante finitum locationis tempus recessissent; cum enim locator per inspectionem fabrorum lignariorum, & aliorum probasset ædes non esse ruinosas, pronunciatum fuit, studiosos conductores ad totius temporis pensionem solvendam obligatos esse, *per l. 27. §. ult. h. t.* (2) Conductor migraturus, locatori, si ejus copia detur, id denunciare tenetur, *l. 13. §. 7. h. t.* vid. Gail. *2. Obs. 23. n. 6.* Expelli etiam secundò conductor potest, si pensionem debitam non solverit biennio elapso, ut requiritur, non modò lege civili *d. l. 3. C. h. l. 55. §. 1. & l. 56. ff. eod.* ut putat Molina *disp. 49. n. 2.* sed & canonica, per *c. propter §. verum inf. de locat.* Less. *c. 24. dub. 6.* Tertia expellendi causa est, si domus indigeat refectione, ob quam opus sit conductorem domo exesse *d. l. 3.* Quarta, ubi conductor abutitur domo, etiam moraliter, v. c. meretrices excipiendo. Primo casu debetur pensio saltim præterita: in tertio pro ratâ, ubi non usus fuit. De secundo & quarto dubitatur, Lessius illo putat exigi non posse pensiones sequentes, hoc verò posse, nisi inveniatur conductor alius, à quo tantundem solvatur. Molina, debere inprimis conductorem resarcire damnum illatum, si verò alius conductor non adsit, solvendas quoque esse pensiones sequentes, quas iniquum sit amittere locatorem ex culpa conductoris. Verùm adhuc interesse videtur, *an locator ad expellendum adactus sit culpâ conductoris, ob quam planè non vel licitè non possit in domo conducta morari, an verò talis culpa absit.* Nam licet hoc casu, v. c. ex culpa conductoris biennio non solventis jus sit expellendi & recedendi à contractu, tamen nulla est coactio s. necessitas moralis, ergo nec obligabitur conductor etiam ad pensiones sequentes, si jus suum exerceat locator. Idem obtinet (casu quarto,) si ob abusum domus expellat, puta propter damnum datum, ob quod tamen liberè & licitè perseverare amplius posset in domo conductor, & damnum resarcire, nec coactus fuisset expellere locator, ideoque si nihilominus ejiciat, æquum non est exigere etiam pensiones sequentes. Contra verò, si v. c. ob malos mores conductor ejiciatur, tenetur etiam ad mercedes sequentes conventæ locationis, quia culpâ suâ, morali, ut dixi, necessitate adigit locatorem ad expellendum. Atque hæc videtur mihi sententia æquior, quam fovet Joh. de Lugo. *d. d. 29. s. 1. n. 15.* Quoad cætera videsis Carocium *p. 4. q. pr. c. 2. & mult. seqq.* ubi materiam *d. l. ade.* latissimè examinatam reperies. Adde & Dn. Mev. ad jus Lubec. *l. 3. t. 8. a. 2. n. 10. cum multis seqq.*

An prop. autor.

An & ex cult. præd.

Quando conductor ante locat. finitam possit recedere.

Q. de pensione expulsi.

N. XVI. *Vt præstet damna)* Secluso jure civili, conductoris damno esse sterilitates, & alios casus, qui usum impediunt non improbabiliter asseritur. Tradit enim locator facultatem utendi, quæ tempore contractus erat mercedi conventæ æqualis; neque fructus absolutè locantur, sed res apta nata ferre fructus, qui proportione justâ pensioni respondeant, & jus istos percipiendi. Ideoque contractu perfectè celebrato per consensum de potestate s. jure illo utendi certa mercede, vi justitiæ συναλλακτικῆς conductor, quodammodo dominus est dicti juris, indeque & ipsius periculo existit, quod deinde circa fructus contingit infortunium, *arg. l. 5. C. de pign. act. junct. arg. l. 2. h. t.* Hinc etiam sequitur, obortâ licet sterilitate, vel alio impedimento usus, ex parte rei locatæ jus petendi mercedem promissam nihilominus esse & manere locatoris, atque quod remissioni quandoque locus fiat, venire, contractu salvo & integro, ad quam remissionem pro rata usus tunc tenetur ex æquitate locator. Proinde rectè Less. *c. 24. dub 3. n. 16.* & Molina *d. 405. n. 10.* asserunt, attentâ sola natura hujus contractus, pensionē non esse minuendam ob sterilitatem vel similes casus fortuitos, quibus fructus & emolumenta rei locatæ minuantur vel impediantur. Idem intendit, paucis licet, Grot. *d. l. 2. c. 12. th. 18.* & sequitur novissimè de Lugo *d. d. sect. 2. n. 36. quia*, inquiens, *cum hic contractus similis sit venditioni (l. 2. h.) hinc est, quod sicut casus fortuiti emptori nocent & non venditori, sic etiam conductori nocere deberent, qui suo periculo videtur emere spem fructuum futurorum, & non locatori. Ex æquitate tamen*, pergit, *& benignitate aliquid indultum est hac in parte conductori.* Quibus porrò consequens est, ubi conductor recipit in se omne periculum, ut quandoque fieri solet, hoc maximè esse conveniens huic contractui atque juri naturali. Quod adeò placuit Molinæ *d. n. 19.* ut non dubitaverit pronunciare, utilius fore civili societati, si universaliter statueretur, conductores omnes obligari ad casus fortuitos, seclusis privilegiis jure concessis, ex quibus innumeræ lites oriantur, propter difficilem probationem, & ob implicatas variasque Dd. opiniones, quæ judices perplexos teneant. Ex hinc quoq; dependet decisio quæstionis, *an fructus prædii locati sint periculo conductoris antequā solvat pensionem?* Videtur dicendum quod non quoad fructus naturales, *arg. §. 42. de rer. div.* ubi id juris in empt. vendit. quæ huic cōtractui affinis, *l. 2. h.* & per *l. si servus communis § locari de furt.* ubi domino fundi conceditur actio furti, si clam ipso recusante fructus auferantur ex prædio antequam pensio solvatur, furtum autem

Cas. fort. esse conductoris.

Ex natura h contractus.

Hocque societati civili utilius.

Ejusdem est & domini ac periculum fructuum antequam merces solvatur.

non

non committitur in re propria illius qui aufert, sed est rei alienæ. Ita Gl. *in d. § locari* & Dd. comm. ut refert Alvar. Valasc. *de jur. emph. q. 20. n. 17.* Verùm quod in emp. vend. non nisi soluto precio dominium rei venditæ transeat, est juris positivi, nec gentium, sed Romani inventum, propterea quod eodem jure emptio consensu nudo de precio & merce perficiatur, secus ac apud Ebræos & Athenienses, juxta observ. *supr. ad 1. de contr. empt. n.* 10. Hoc autem etiam de locatione, nec in *d. §. 41.* nec alibi unquam statutum est, atque differunt isti contractus formaliter. Furtum rei alienæ dicitur etiam, quæ pignoris jure ad aliquem pertinet, quod manifestum de fructibus expressè oppignoratis in *d. §. locavi.* patetque porrò ex *l. 3. de pignor. act.* Proinde verior est sententia ajens Valasci *d. l.* fructus quàm primum separati sunt, quoad dominium esse conductoris, licet pensionem non solverit 1. quia nullus textus est in contrarium, 2. quia pro securitate mercedis est, quod illata in prædium locatum sint tacito pignori, per *l. 4. & 7. in quib. caus. pign. l. cert. 1. C. h. t.* Jung. Molina *d. 497. n. 2. & seqq.* Cæterum de jure civili, quoad casum fortuitum distinguendum est inter res conductoris proprias & inter res locatoris, *arg. l. 23. in f. de R. I. l. 5. §. 4. l. 18. commod. l. 2. § 7. de adm. rer. ad civ. pert. l. ult. § 1. ad l. Rhod. de jact.* Ratio est, quod uterque sibi contrahat & in suam utilitatem, ideoque & utriusque sit periculum. Illarum damnum ad conductorem pertinet, per text. *in l. 1. & 12. C. h.* & sunt ejusmodi suppellex, & quæcunque nulla ratione spectant ad locatorem, etiam impensæ colligendorum aut conservandorum fructuum causa factæ, *l. 3. de imp. in res dot. l. divortio. v. impendia. sol. matr.* Menoch. *2. de arb. jud. q. cas. 21. n. 3.* semina, die Außsaat/ *l. 15. § 2. & 7. h.* fructus percepti & in horrea reconditi, *l. 25. de usuc. l. 13. quib. mod. usufr. am. l. 15. de ver. dev.* Res locata periculo locatoris cedit, *l. 15. § 3. l. 25. § pen. h. t.* h. e. quæcunque ad usum concessa, nec pertinet ad colonum, v. c. ædificia, pecora, res aliæ mobiles atque fundi instrumenta, & quæcunque in ea impensa, sine culpa conductoris sunt perdita, *arg. l. 8. de pign. act. l. qua ratione d. a. r. d. junct. §. 29. de rer. div.* Extenditur hoc & ad *omnem vim*, quæ re locata integra manente, circa usum ejus s. fructus contingit, *cui resisti non potest*, fluminum, graculorum, sturnorum, tempestatis, solis fervoris non adsueti, hostium incursus, incendii repentini, terræ motus similisque casus fatalis, v. c. (si vinum coacuerit, h. e. uva vel vindemia adeo cruda & dura sit, ut nequeat ad maturitatem pervenire, vitio rei, *l. 15. § 1. h.*) quales proficiunt ad mercedis remissionem, *l. 15. § 4. h. l. 8. l. 18. C. eod.* Idem est in damno in fructibus pendentibus, vel à solo quidem separatis, jacentibusque, sed in horreum non recollectis, *arg. l. 13. quib. mod. d. usufr. am. § 15. de ver. dev.* Excipitur 1. si damnum sit modicum, *d. l. 15. § 1. l. 25. § 2. h. t.* 2. si præcedens fertilitas suppleat *l. 15. § 4. h. t.* 3. si locatio facta per aversionem, *l. 35. l. 36. eod.* tunc enim conductorum periculum est. Add. *l. 9. § 1. & 4. l. 15. § 3. l. 33. 38. 59. h. t.* Bocer. *class. 1. d. t. th. 29. & seqq.* Quæ omnia illustrantur plurimum Responso Facult. ad Georg. Lüderitz anno 1636. d. 31. Dec. verbis: Daß der angedeutete pensionarius erstlich den durch Mißwachs und streiffende Parteyen am Korn auff dem Felde ihm zugezogenen und unerträglichen Schaden/ zum andern das Korn und Geld/ so zur pension angeschlagen/und von dem verwüsteten Hofe nicht können erhoben werden/ zum dritten das abgeraubte Vieh/ so vermög auffgerichteten Inventarii deß Amptes gewesen/ und dem pensionario in gewissen Tax nicht zugeschlagen; zum vierdten die außgeblieben Dienste/deren er zur Bestellung deß Ackerbaws nicht entbehren können/ in Anschlag und zur Abrechnung zu bringen / auch an den hinterstelligen pension-geldern einzubehalten und zu kürtzen wol befugt. Was ihm aber an Korn/ Butter/Bier und Speck/ auch Haußgeräth/ Bette und Kleidern vom Boden und auß seinem Gewahrsamb weggenommen und geraubet/solches kan er mit bestande nicht wieder fordern / sondern es trifft der hierunter erlittener Schade ihn alleine/ jedoch ist bey seinem Abtritt und zugelegter Rechnung dabey die Billigkeit auch in acht zu nehmen. Solte dann letzlich der mehrgedachte pensionarius, vermög Pachtverschreibung die Sommerfrüchte wieder bestellen müssen / so ist er solches von dem seinigen zu thun schuldig/ V. R. W. Et altero ad Franc. Kregman anno 1640. d. 12. Dec. ibi: Daß der Schade / welchen ihr an euch zuständigem Viehe/Victualien/ Kleidern/ auff dem Hofe durch gewaltsame abnahme erlitten/ euch als dominum allein betrifft/ und könnet ihr derwegen von dem Kloster mit bestande nichts wieder fodern: es möchte sonst etwas darunter seyn/ so in das Inventarium gehörig/ wäret ihr solches hinwieder zuerstatten nicht verbunden. Anlangend aber die contribution (außgenommen die Guarden und Nachbar rechte) welche ihr von dem Hoff und dessen Gütern entrichten müssen/ dann auch den angezogenen Mißwachs und Schaden/ so an den Früchten auff dem Felde/ ehe dieselbe abgeerndtet und in ewere Gewahrsam gebracht / erlitten/ wie hoch denselben unpartheysche Leute anschlagen werden/ seyd ihr dem Kloster anzurechnen/und dieserwegen Erstattung zu suchen/ auch biß dieselbige erfolget/ euch deß juris retentionis zu gebrauchen/ und den Hoff zu Belstorff in possession zu behalten wol befugt/ V. R. W. Pertinet huc quæstio de contributionibus hodiernis & sumptibus mentionis, an tales locator an conductor sufferre teneatur? Circa illas disting. inter collectas, quæ personæ aut rebus coloni imponuntur aut imponi possunt, & quæ ipsi rei locatæ; istas conductor præstat, ut est *capitatio*, quæ personæ tantùm indici solet, nullâ habitâ patrimonii ratione, *arg. l. 3. de cens. l. 1. C. de annon. & trib.* Haupt-oder Koffgeld *c. magnum 11. q. 1.* Gryphiand. *l. 1. œcon. leg. c. 29. n. 127. & seqq.* item, *census rerum*, qui imponitur personæ conductoris pro rebus, habitâ contemplatione patrimonii, quæstus, mercaturæ artificii, *l. 6. § f. de mun. & hon. l. 4. de censib.* In specie Collectæ, Gl. *in d. § f.* ein gewisses von Gütern zu entrichten/ Viehe-Dranck und Scheffelstewren/ contributinn, so auff die Handel und Nahrung geschlagen wird. Ad has enim conductores, ceu cives & incolæ provinciæ alligati sunt *R. A. de anno* 1594. §. demnach dann *l. rescripto § f. de mun. & honor.* atque rerum suarum domini, *l. 4. § 2. de censib.* Hæ verò quæ rei locatæ imponuntur, à locatore solvendæ sunt, quia quilibet de suo contribuere tenetur, *arg. d. § 2. l. forma § in servis eod. l. 7. C. de donat.* v. c. wenn eine gewisse Zulage von dem Grunde/ dessen Hufen/ zugehörigen Viehe und pertinentien gefodert wird/ it. Hauß-contribution; Quæ non pro quantitate pretii, quibus res istæ constant, sed pensionis & fructuum, qui inde percipiuntur, *arg. l. 36. de usur.* exsolvendæ, *l. 2. C. de annon. & trib. ibique* Luc. de Penna. Quod si autem conductor ejusmodi collectas se præstitisse probaverit, eas à locatore repetendi jus habet. *arg. l. un. § 3. de via publ.* Caroc. *d. tr. p. 2. t. de collect.* Dn. Mevius im rechtl. Bedencken wegen der Grundherren und pensionarien *q. 4. n. 383. usque ad* 401. Quomodo & sæpissimè in Collegio nostro Juridico responsum fuit. Anno 1629. 14. Febr. ad Joh. Ritter Wernigerodam, verb: Sondern es ist das jenige/ was wegen obgemeldten Hauses in vorgehender Kriegeslast contribuiret worden/den Unmündigen allein zuzurechnen / und der conductor damit nicht zu belegen. V. R. W. Anno 1633. d. 3. Aug. ad

Jure civ. quoad casum fort. dist.

Q. an locator teneatur ad solut. contrib.

Nn 3 Johan.

Johan. Sinmers Regio Lothariam. verb. daß ihr das jenige was ihr wegen deß euch elocirten Hauses an contribution verschossen / auch sonst an jährlichen Baw: und Besserung angewand / und von euch der gebühr kan erwiesen werden / an den versprochenen locations-geldern zu kürtzen wol befugt / etc. Das jenige aber / was in Ansehung ewer Person / Nahrung und betriebenen Handels euch aufferleget / etc. solches betrifft euch allein / etc. habet ihr dann auch wegen der 12. Morgen Ackers / welche in mehrgemeldtem contract euch auch elocirt / von dem einen Mit-vormund C. W. aber nicht wollen eingeräumet werden / unpflicht abstatten müssen / so wird auff vorgehende richtige liquidation jetztgedachter W. euch dieserwegen Erstattung zu thun billig angehalten. V. R. W. Anno 1636. 17. Mart. ad D. Lepor. Halberstadium, verb. Daß vorgemeldtes Capitulum B. M. V. die in ewer Bestallung / zeithero euch dieselbe nicht uffgekündiget / versprochene jährliche Besoldung / ob ihr schon alle mahl / gefahr halber / und wieder ewren willen / nicht præsens seyn können / euch zu erlegen / dann auch die beweißlich angewante Bawkosten / und was ihr sonst in respect deß euch angewiesenen Wohnhauses contribuiren und hergeben müssen / wieder zu erstatten schuldig. Solte sich aber mehrgemeldtes Capit. dessen wieder rechtlich verweigern / so so seyd ihr solche Wohnung ehe ihr ewre Foderung halber befriediget / zu räumen nicht / sondern darin jure retentionis zu verbleiben befugt / biß ihr ewres restirendes salarii und anderer Kosten halber der gebühr contentiret und befriediget. V. R. W. Anno 1638. d. 21. Mart. ibi. Daß ihr mit der contribution, so uff die Früchte der Länderey / welche ihr von deß Ertzstiffts Klöstern und Junckern im alten Lande umb pension eingehabt / gehebt und genießet / geschlagen / wol könnet beleget werden. Solte aber uff die Güter selbst etwas geleget seyn / und ihr wäret damit auch beschweret worden / so wird euch solches von gemeldtem Gutsherrn uff vorgehende gebührliche liquidation, billig wieder erstattet / etc. Anno 1640. d. 17. Mart. an Curd Heymsing zu Pabstorff / verbis: Es müssen aber solche possessores von ihren Ackern / die darauff geschlagene ungewöhnliche contribution selber abstatten / wegen gehörenden Erbenzins / der ordinarii Schatzung aber / vermög Vertrags / dem Besitzer zu hülffe kommen. Anno eod. d. 27. Junii ad Joh. Windraken civem Brunsvicensem. Add. præjudicium in causa Hasert contra Bostenbo-stels citatum Mevio sub finem deß Bedencken wegen der pensionarien. De sumptibus metatoriis, quæque eò spectant, res non adeo expedita videtur. Gotofr. *in rubr. C. de met. & epidem.* censet istos onus esse locatoris, ideoque conductorem eos præstitos posse repetere, *arg. l. 9. C. eod.* quæ etiam videtur sententia Carpzovii *jurispr. for. p. 2. c. 37. d. 15.* Dn. Taboris *de metatu c. 3. n.* 19. per *l. 4. C. de arg. & censit.* Christ. Georg. Waltheri *in Economia metatorum c. 6. §. 31. in f.* quia onus sint reale, ad locatorem pertinens, *l. 3. §. 14. l. fil. 21. § pen. & fin. de mun. & honor.* non vero ad conductorem, *l. 4. l. 20. § f. C. de agric. & censit.* Aliæ sunt rationes pro locatore facientes contra conductorem, quas cumulavit Dn. Mev. in seinem Bedencken / *c. 4. n.* 409. eoque in mediam sententiam concedit, scil. sumptus ejusmodi inter utrumque esse dividendos *n. 434. cum mult. seqq.* à quo nec diversus Waltherus *d. §. 31.* inquiens, *sed nec conductor à solvendis stipendiis liber erit, si ut subditus, bona patrimonialia extra ædes possidet, aut fructus quærit, vel opificium exercet, aut manibus suis in civitate panem suum lucratur.* Quæ sententia sine dubio æquior est propter communem utriusque utilitatem & conditionem, maximè si propter prædii locati præstantiam sumptus quoque majores exigantur. Vera tamen hæc sunt de hospitatione illa, quæ fit cum sumptibus; nudam enim s. præbitionem domus, præstare tenetur conductor solus, *arg. l. 2. C. de met. & epidem.* Quo pertinet Responsum Facult. ad senatum Cellensem anno 1639. mens. Apr. verbis: so viel aber die inhospitation und Einquartierung betrifft / kan sich selbiger conductor oder Einwohner deß Hauses derselben nicht verweigern / sondern ist gleich andern dieselbe zu erstatten schüldig / V. R. W. Adde, an locator vel conductor & quando hospitia militum sustinere debeat, D. Mevium *p. 2. d.* 90. Insuper de remissione pensionis ex causa belli Germanici & similib. facienda, aliisque huc spectantibus, videat, qui volet, subinde laudatum eundem Dn. Mevium in d. consilio von Grundherren und pensionarien, approbato à JCtis Marpurgensibus, *q. 2. 3. 4. & 5. & novissimè p. 2. d.* 84. Cæterum quod agricolæ majores fructus percipere possint quàm cives, & rusticus quàm Doctor, ex multitudine colonorum cognosci divitias, præstare bona potiùs elocare quàm vendere & similis videat cui volupe est apud Dn. Gryphiandr. *Oecon. legal. l. 1. c. 29.*

Q. de sumptibus metatoriis.

TITULUS III.

De æstimatoria.

1. *Continuatio tituli.*

ET hæc quidem de contractibus Nominatis, & quæ inde prodeunt judiciis ordinariis.

2. *Ex duplicibus contractibus dari actionem præscriptis verbis.*

Sed quia natura comparatum est, ut plura sint negotia quam rerum vocabula, hoc est, agendi formulæ *l. 4. de præsc. ver.* evenit nonnunquam, ut cessantibus proditis ac vulgaribus judiciis, descendendum sit ad ea quæ sunt in factum generalibus verbis præscripta, prout cujusque facti natura exigit: *l. 1. infr. de præsc. verb.* quod fit, vel cum negotium tam ambiguum & multiplex est, ut nescias ad quam contractus speciem sit referendum, *ut in l. 1. inf. de præsc. verb.* vel cum patet quidem & apparet quale sit, sed redigi ad ordinem contractuum nominatorum nequit. *l. 5. inf. de præs. verb.* Prioris generis est, cum res Æstimata vendenda datur. Hic enim probabiliter dubitari potest: utrum ex vendito sit actio propter æstimationem, quæ loco pretii est, & venditionem inducit: *l. plerumque 10. §. si tamen. l. quoties 16 inf. de jure dotium. l. quoties. C. eo. Paul lib. 2. 3. 4.* an ex locato; quasi rem vendendam locasse videatur an vero mandati, non interveniente merced.

3. *Ex qua causa detur æstimatoria.*

Itaque tollendæ dubitationis gratia, & ne inemptam proponendo actionem periclitaretur actor, æstimatoriam præscriptis verbis actionem dare visum est, quæ præscriptis apte verbis ad quodlibet negotium accommodaretur,

4. *Actionem hanc esse civilem & bonæ fidei.*

Ea civilis est, quia negotium civile, unde datur, gestum est, & quidem bona fide: quare omnia hic locum habebunt, quæ in bonæ fidei judiciis. *l. 1 h. t.* Hæc actio Utilis est, etiamsi merces interveniat *l. 2. h. t.* nam etsi merces pro opera constituta soleat locationem inducere: *l. 1. sub mandati l. rogasti 19. in fi. inf. de præsc. verb.* tamen quia hic æstimatio rei, quæ venditionem facit. *l. plerumque. 10. cum ll. seqq. de jur. dot. l. 2. § ult. infr. pro empto.* adjuncta est, visum fuit potius esse, ut æstimatoria actio proponatur.

5. *Cujus sit in hoc contractu periculum.*

Nam hanc speciem à locatione recedere, vel inde apparet, quod æstimatio periculum faciat ejus qui suscepit: perinde atque re vendita: *l. æstimata. 51. soluto matr. l. quod si per eum. d. l. plerumque infr. de jur. dotium* quòd non est in locato & conducto. Si tamen res æstimata daretur vendenda, ita ut aut illa, aut pretium (non certum, sed justum, quod nomine pretii absolutè posito significatur, *l. non dubium 14. de leg. 1.*) redderetur: hoc casu, quia nullo certo definito pretio, venditio per incertam æstimationem non potuit perfici, neque periculum transita quasi in emptorem, adhibenda erit alia distinctio. *l. si gratuitam 17. § si margaritas l. inf. de præsc. verb.*

OBSER-

OBSERVATA.

Actio in factum. (1) Prætoria.

N. II. *Quæ sunt in factum)* In factum actio extra ordinem dari solita, dicitur ferè tripliciter. I. illa, quæ ex *Jurisdictione* & ipso Prætoris edicto est, quod Prætor condendæ legis potestatem non habeat, quæ exinde vocatur actio in factum prætoria, cui opponitur actio civilis, vel conductio ex lege. *l.7.de jurisd.l.pen. de in jus voc. l.5.§.1. ne quis enim qui in jus voc.l.1.& t.t.de alien.jud.mut.caus.f.de interd.* II. quæ datur *in subsidium*, actio in factum subsidiaria.

(2) Subsidiaria.

Hæc iterum dupliciter dicitur, (1) latè, quæ ex mente leg. vel ed. in subsidium datur: quomodo & civilis & Præt. utilis vocatur actio in factum, *l.9.l.29.§.pen.l.53.ad L.Aquil.l.14.d.p.verb.* (2) strictius, quæ ex mera æquitate, justit. universali, aliâ actione deficiente accommodatur. Quód fit duobus casibus, primò ob *qualitatem personæ* ordinariam actionem excludentis, exemplo actionis in factum ex causa doli à patre vel patrono commissi, *arg.l.11.§.1.de dol.mal.* Secundò ob *casum occurrentem, cui nec verba nec mens legis accommodari possunt*, ut in *§.ult.de L.Aquil.l.11.de præscr.verb.* Et hoc posteriori significatu actioni in factum opponitur actio directa & utilis, *d.§.f.* add. Merill. *l.1.v.ex Cui.30.& 3.obs.26.*

(3) Civilis, f. præscr. verbis.

III. in factum dicitur actio, quæ dabatur secundum factum, & ut erat narrata, seu quia factum & rem, uti gesta erat, demonstrat. Eadem Præscriptis verbis vocatur, quia proponebatur conventio, h. e. negotium celebratum, uti gestum erat, & posteà ex verbis illis præscriptis in factum agebatur, *arg.l.6.C.de transf.* ideoque præscriptis verbis rem gestam demonstrabat hæc actio, & eâ demonstratione vice nominis, qua caret, fungebatur, *Duar.ad l.7.de pact.Don.de præscr. verb.c.21.n.1.* Olim enim cogebantur litigantes dicere nomen actionis, aut narrare factum: & priori casu Prætor nominatam dabat actionem, posteriori verò secundum id factum, ut erat narratum, vel uti erat præscriptum quis agebat; quia nimirum tunc deficiebant vulgaria atque usitata actionum nomina, *l.1.pr.& l.2.de præscr.verb.* h. e. actio nominata locum non habebat, *arg.l.7.§.1.d.pact.* Vocatur itaque hæc actio in factum civilis, (quia jure civ. seu interpretat. Prudentum est prodita, *l.7.§.2.de pact.l.5.§.2.de pr.verb.* Merill. *1.v.ex Cui.29.*) & ei opponitur actio nominata, quæ directa quodammodo est; qua ratione quæ præscriptis verbis vocatur utilis dicitur in *d.l.6. C. de transf.*

Actio in factum ex delicto. In factum civilis est ex duplici fonte.

Cæterum quæ attulimus vera sunt de actione in factum, quatenus ex contractibus oritur. Nam aliter actiones ex delictis descendentes, in factum dicuntur, *l.25.§.1.de O.& A.l.12. de in jus voc.* Actio in factum civilis hîc oritur è duplici fonte. 1. *ἀμφιβολίας, ob probabile dubium*, quando subest quidem negotium certum nomen habens, sed dubitatur ad quam speciem contractuum nominatorum referri debeat, exindeque illud collocatur inter contractus innominatos, *l.1.de præscr.verb.l.1.h.t.* 2. Ordinariè, ex contractu innominato, *l.5. de præscr. verb.* Prioris generis est actio Æstimatoria præscriptis verbis; est enim hujus quædam qualitas. Alterius actio præscriptis verbis in specie sic dicta.

Æstimatio quando faciat periculũ suscipientis.

N. V. *Quod æstimatio periculum faciat)* Obtinet hoc, ubi propterea fit æstimatio, ut res empta habeatur. Nam aliàs in thesi non est verum. Fit enim æstimatio vel *taxationis* tantùm gratiâ, vel *emptionis* caussa, *arg.l.21.C.de jur.dot.l.1.h.* Illo casu nec emptionem inducit, nec periculum transfert in suscipientem, ut quando pecora in fundo locato æstimantur, ut de precio & valore ipsorum constet, si fortè posteà culpâ coloni perierint: item si fiat æstimatio necessitatis caussâ, *arg.l.3.C.comm.div.* Quo pertinent tradita D.Mevii de æstimatione injusta facta alio modo ac per constitutionem vel consuetudinem loci fieri debet, *p.1.dec.19.* quod facienda sit partibus citatis, *p.1.dec.30.* & juxta reditus ex re percipiendos, *p.1.d.32.* Altero casu æstimatio emptionem facit, & periculum fit suscipientis, *l.1.h.& ll.h.all.* Confer. Andr. Rauchbart, *p.2.q.29.nu.14.& seqq.*

Cujus sit periculũ in contr. æstimat.

Dependet autem hinc quæstio *ad quem in contractu æstimatorio pertineat rei periculum?* Auctor dist. utrum res sit æstimata justo pretio, an non. Verùm si pretium certum non subest, tunc quia æstimatio cessat, non amplius hîc est æstimatorius contractus, sed vel locatio vel mandatum.

Laudata Jason. distinctio.

Rectius distinguit Jason. *in l.1.h.* tres casus, (1) Vel datur res vendenda æstimatione factâ propter *rem*, h. e. ut liceat ei vel rem retinere, & dare pretium, vel etiam vendere (2) Vel propter *personam*, h.e. ut tantùm sciat venditor, (accipiens) quanti res sit vendenda. (3) Vel de eo non constat. Primo casu, si res non reddatur, suscipientis est periculum, *l.1.§.f.h.t.* In reliquis distinguendum est ex *l.17. §.1.de præscr.verb.* à quonam contractus hic cœperit initium. Si enim accipiens se obtulit, tùm is etiam præstat periculum; si verò dans, qui accipientem rogavit, tum ipse præstat; quod si in genere consensus est factus, & nemo se obtulit, tum accipiens dolum & culpam præstare tenetur, *d.l.17.§.1.* Dissentit Oldendorp. *4.class.act.3.n.f.* qui putat sic ab initio statim esse distinguendum ex *d.l.17. §.1.* Verùm præ reliquis in omni negotio inspiciendum quid convenerit. E. & hîc, *d.l.1.§.ult.v.convenit.h.t.l.23.d.R.I.* Quorum omnium praxin eleganter exhibet Responsum Facultatis ad Christ. Held Brunsv. anno 1635. 11. April. verbis: Hat B. in Stockholm A. ein gülden Kleinod/ solches in der Mußcow zu verkauffen/ oder da es unverkaufft bleiben solte/ ihm B. zu trewen Händen wieder zuzustellen/ mitgegeben. Es hat aber A. zu dem: wie auch da er zum andern mal wieder auß Schweden in die Mußcow verreiset/ das Kleinod nicht verkauffen können/ sondern dasselbe in der Mußcow bey seinen Sachen in einem Gewölbe wol verwahrlich verlassen/ welches den B. jedesmahl nicht alleine nicht widersprochen / sondern auch wol damit zufrieden gewesen/ und es bey voriger commission gelassen. Wann nun schon unterdessen eine grosse in der Moßcow entstandene Fewersbrunst unter viel andern köstlichen Wahren auch besagtes Kleinod in den eisern Kasten uffgebrandt/ so ist doch A. solchen Schaden zu erstatten nicht schuldig / und solches auß nachfolgenden ursachen. Denn ob wol versehenen Rechtens/ quod æstimatio faciat periculum ejus qui suscepit, ita ut æstimationem, de qua convenit, aut ipsam rem commissam reddere teneatur, text. *expr. in l.1.§.fin.de æstim.act.* So wird doch bey diesem Fall nicht unbillig gezweiffelt/ ob auch dieser contractus pro æstimatorio, oder nicht vielmehr pro mandato zu halten/ in Betracht nicht zu finden/ daß das Kleinod umb ein gewisses pretium zu verkauffen dem A. zugestellet worden. Und hat es bey dem contractu mandati keinen Zweiffel; daß propter casum fortuitum der mandatarius nicht gehalten sey: Gesetzt aber/ daß es ein æstimatorius contractus gewesen/ so wird jedoch dadurch periculum in accipientem schlechter dinge nicht transferiret/ sondern ist dabey in gute obacht zu nehmen/ quod vel æstimatio sit facta tantùm propter rem ipsam; vel ut solùm recipiens sciat, quanti vendere debeat; aut dubitetur an propter ipsam rem, vel non sit facta. Primo casu, quando æstimatio est facta propter ipsam rem, recipiens præcisè æstimationem vel rem restituere cogitur. Secundo casu, si æstimatio fuerit adjecta, non

non propter rem, sed ad istum finem, ut recipiens sciret solum quanti vendere deberet, distinguitur secundum *l.17.§.1.de præscr. verb.* ut si dans rogaverit venditorem, ut res æstimatas venderet, dantis sit periculum: sin accipiens, accipientis & venditoris; si verò neuter rogaverit, accipiens solùm dolum & culpam præstet. Tertio verò casu quando non apparet, an propter ipsam rem, vel non, æstimatio facta sit, præsumitur æstimationem factam esse, prout vendenda est; & eadem obtinent, quæ in secundo casu; prout tenent Bartol. *in d.l.1. de æstim. act. n.3.* Jason *ad eandem. n.1.* Angel. de Aretio *ad §. actionum 28. Inst. de act. n. 122.* Alldieweil nun bey diesem Falle nicht zu sehen/ daß einige æstimation vorgangen/ und wenn auch A. das Kleinod umb ein gewisses zu verkauffen schon zu sich genommen/ so kan man dennoch nicht vernehmen/ ob A. oder B. in diesem contract den Anfang gemacht/ bleibet also billig dabey/ daß A. nicht mehr den dolum und culpam zu præstiren schuldig/ und ad casus fortuitos keines weges verbunden sey. V.R.W. Add. Dn. Lauterbach. *de contr. innom. toto §.2.*

TITULUS IV. C. 4.64.

De rerum permutatione.

1. *Permutatio quare contractus innominatus.*

Hujus generis est etiam permutatio, qui contractus juris gentium perhibetur vetustissimus, innominatus tamen, utpote generalis, & omnia in se commercia includens. Res enim reb. permutare, omnibus conventionibus tam nominatis quam innominatis est commune, ut permutatio nequeat ad certam speciem nomenque contractus reduci: quanquam fuit apud veteres dubitatum, an hoc placitum idem cum emptione esset, *l. 1. §.1. supr. de contrah. empt. §.1. Inst. eod.*

2. *Affinitas hujus contractus cū venditione.*

Videtur enim venditio esse, *l. 1. C. de rerum permut.* quia pro precio res datur, & id agitur ut dominium hinc inde transferatur, aut pareтur usucapiendi conditio: *l. sequitur § sed etsi de usucap. inf.* & utrinque debetur evictio. *L. 1. C. de rerum permut.* ac bonæ inde fidei actio existit. *§ actionum. Inst. de action.* quæ omnia sunt emptioni & venditioni consentanea. Et hujus sententiæ Sabinum & Cassium fuisse accepimus: sed Nerva & Proculus aliud esse permutationem, aliud emptionem existimaverunt: quia multis modis hos contractus inter se differre palam est.

3. *Differentia 1. inter hos contractus, à forma.*

Nam primo differunt forma: in venditione enim aliud est vendere, aliud emere: alius emptor, alius venditor: aliud precium, aliud merx. At hanc formam non habet permutatio, in qua discerne nequeas, quis sit emptor, quis venditor, quid precium, quod merx *l.1.4 pen. supr. de contra empt. l. 1. in princ. h.t.*

4. *Differentia 2. ab effectu & præstationibus.*

Secundo effectu & præstationibus. Emptor enim cogitur facere nummos accipientis: venditor rem dare non cogitur, sed satisfacit tradendo rem cum evictionis cautione. Itaque si res evicta non sit, nihil debet. In permutatione vero, si ponas utramque rem haberi pro precio, uterque emptoris instar erit: unde sequetur, rem fieri accipientis utrinque oportere: sin pro merce, quia uterque personam venditoris repræsentabit, neutrius fieri rem necesse fuerit: quod quidem longe abhorret à natura hujus contractus: itaque neutrum horum est in permutatione.

5. *Explicatio L. 1. quæ illas differentias tradit.*

Nam cum precium sit quo aliud æstimatur, merx vero res ipsa æstimata, non potest in permutatione inveniri, quid pro merce, quid loco precii sit habendum. Absurdum autem foret utramque rem esse aut mercem, aut precium: cum natura rerum non patiatur, ut una res & veneat, & precium sit emptionis.

6. *Ex permutatione propria oriri actionem præscriptis verbis.*

Quod cum ita sit, non hic obtinent præstationes, in venditione receptæ: sed si ea res quam acceperim, postea evincatur, in factum agere debeo ad id quod interest: quæ propria est permutationis actio, daturque ex contractu, quem ego & à mea parte perfici, & perfectum esse volo: nec potest objicere adversarius quasi contractus sit imperfectus, cum in ipso absolutam vim & obligationem acceperit, in quem dominium rei meæ transtuli. *L.1. l. rebus l. fi. C. eod.* Itaque quod ad ipsum attinet consummatus est contractus, cum ei dederim quod erat conventum.

7. *Quando detur condictio.*

Plane quia in me perfecta non est permutatio (ea enim rei datione completur) cum evicta mihi res sit tradita, possum juste meo uti, & rem meam repetere, quasi causa non secuta, propter quam data est: *l. 1. in fin. h.t. l. 4. l. pen. C. eod.* quia tibi eam relinquere non sum obligatus, cum nullius rei datione contractum a tua parte impleveris, neque me obligatis. *l 3. C. eod.*

8. *Differentia, tertia, à causa efficiente: & quomodo contrahatur permutatio.*

Nam etsi emptio nuda consentientium voluntate contrahitur, tamen permutatio ex re tantum tradita dataque initium obligationi præbet: alioqui si res tradita non fit, nudo consensu constitui obligationem dicemus: quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent, ut in emptione, conductione, mandato, &c. Permutatio autem istiusmodi nomine & forma speciali aut civili caret, & in generali contractuum nomine consistit, ideoque non consensu, sed rei datione perficitur: eaque tertia est à causa efficiente desumpta horum contractuum differentia.

9. *Explicatio vers. ult. L. 1.*

Quare rectè Pædius ait, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem, in hoc, ut sibi alterum obliget: Igitur si ego alienam rem tibi tradidero & tu contra rem mihi tradere nolis, non utique in hoc agam, quod interest mea illam rem accepisse, de qua convenit. Nec enim donatione rei, quæ requirit dominii translationem, *l fin. ubi Jas. de cond. caus. dat.* te mihi obligavi, ut ex permutatione actio dari possit, cum rem non fecerim tuam, *d. l. 1. C. eod.* sed ut res tradita contra nobis reddatur, condictioni locus erit, quasi re non secuta. *d. L. 1. in fin.* Quod cum ita sit, liquet, ex hoc contractu; qui nullum habet certum nomen, nullam oriri certam actionem, ut ex empto, locato, &c. Sed recurrendum esse, aut ad judicium præscriptis verbis, contractu a tua parte impleto, aut ad condictionem causa data, causa non secuta, si rei datione necdum alterum tibi obligasti.

10. *Methodica L. summa, de rerum permutatione.*

Est igitur, ut de explicatione legum hujus tituli modo, facta intelligi potest permutatio commercium *l. 5. de just. & jur. Cujac. ad Ulp. tit. 19.* contractus *l. 1. h.t.* seu (ut Impp appellant) placitum *l 3. 4 C. eo.* vel conventio *l. fin. C. eod.* juris gentium *l. 1. de contr. emp. l. 1. h t.* innominata, *l. 1 h t. & traditur in l. jurisgent. 7. de pact.* similis emptioni, *l 2. C. eo l. 1. de contra emp.* eoque bonæ fidei, *d. l 1. C. eod.* qua species rerum certæ cum specieb. commutantur. *l. 1 h.t. l. emp. 7. l 1. 2. 3. 4. & 1. 2. C. eo.* Dico species: nam si genus cum genere, aut cum specie commutetur, non est propriè permutatio, sed magis contractus innominatus do ut des: *l. 1. ubi gl. & DD. h.t. Jas. in l. 2. in prin. n. 7. si cert. petat. vide gl. ops. in l. 1. C. eod.* qui à permutatione distat quia ex hac actio bonæ fidei oritur, ex illo nequaquam. *Jas. in d. l. 2. n. 8. & in l. 1. n. 10. h t.* Ut enim in emptione merx & precium certum esse debet, *vide sup. de contr. empt.* ita & in permutatione quæ huic comparatur, certæ res individuæ. Partes hujus contractus, possunt dici species rerum, consensus & traditio, ac nonnunquam stipulatio. *l. 3 C. eod* Genera varia, ut divisio, transactio, do ut des: denique omnes contractus, ἐν πλάτει commercio permutationis comprehenduntur: sed in specie una tantum est permutatio, scilicet cum certa res pro re certa commutatur. *vide gl. in l. 1. C. eod.* Causa efficiens est jus gentium, consensus & rerum traditio. Permutare autem possunt, qui alias contrahere. Materia, sunt certæ rerum species, non genus, neque precium. Forma, ut aut traditione aut stipulatione fiat. *Lucius pater. 77. §. hæred. de leg. 1.* Finis, ut cum tu habeas quod ego desiderem, vicissim ego habeam quod tu accipere velis, fiat utrinque commutatio rerum, & quod cuique utile & opportunum est, quæratur. *l. 1 in prin de pact.* Effectus idem fere qui emptionis, *l. 2. ubi gloss C eo l. 2 h t.* nam ex permutatione peræque atque ex venditione, paratur usucapiendi conditio, *l. 4. §. de illo de rer. perm.* præstatur, evictio, *d. l. 1. C. eod.* & animantium sanitas: *l. 2 h t.* ac fit ob vitia redhibitio. *l. sciendum § pen de ædil. edic. gl. in d. l. 2.* Item oritur ex contractu permutationis, actio bonæ fidei, *§. action. Inst. de actio. Jas. in l. 2. in prin. n. 8. si cert. pet.* præscriptis verbis *l. 4. l. fi. l. reb. 6. C. eod.* qua ad exemplum actionis empti, *l. 1. C. eod.* agi potest, aut ut impleatur quod promissum est, *l. 4. l. ult. C. eod.* aut id quod interest præstetur: *l. 1. C. eod* quo respectu incerti actio dicitur: *Cujac. obs. li 4. c. 7.* quanquam & condici res quæ data est, quasi re non secuta *l. 1. 4. 5. C. eo.* & adjecta stipulatione, ut fere fit, ex stipulatu agi potest. *l. 3. 4. 7. C. eo.* Nam aut ex stipulatione, aut à traditione, non etiam de consensu. vim omnem & effectum hic contractus trahit & mutuatur, ut paulo ante est expositum.

OBSERVATA.

Ambiguitas vocab.

Permutatione) Oppidò notanda hîc vocabuli ambiguitas. Enimverò *latè* permutatio significat commutationem rerum seu commercium, h. e. rerum ex conventione factâ permutationem, communicationem,

permutationem,

nem, five dominium transferatur, five jus aut commoditas alia inde habeatur. Hoc sensu mater dicitur contractuum omnium, *l.1.de contr.empt.5.Eth.8.* & synallagma vocatur voluntarium, *5.Eth.5.in f.* Optimè verò id explicat Philosophus 1. *Pol.9.* inquiens, *hujusmodi ergo permutatio* (generica) *neque præter naturam est, neque ad amplificationem patrimonii pertinet, cum sit in supplementum indigentiæ secundum naturam. Ex hac tamen illa* (pecuniaria nummularia, venditio ad lucrum,) *processit secundum rationem.* Et porrò: *reperto igitur nummo, ex necessaria permutatione alia species emersit nummularia. primò forsan simpliciter, postea per experientiam artificiosior, unde quodammodo permutando plurimum faciat lucrum.* Add. Salmas. *de usur.c.13.p.*567. 2. *Strictè* & specialiter est negotium innominatum, quo dominii transferendi causa res datur, ut alia vicissim detur *l.1.§.1.h.l.2.de contr.empt.l.5.§.1.h.t.* Et hæc acceptio est hujus loci, Vid. Grot. *de i.b.& p.c.12.* *§.3.v. dicemus proinde.*

Actio præscr. verb. ex perm. est ex contr. innom.

N. I. *Hujus generis*) Neutiquam. Neque enim (1) actio præscriptis verbis ex permutatione datur ob probabile dubium, sed quod sit ex contractu, do ut des, innominato, *l.5.§.1.de præscr.verb.* (2) Quia permutatio causam efficientem habet rei dationem: ceu ipse fatetur Autor *n.*8. (3 Negotium caussam habens, nec tamen incidens in nomen, est innominatus contractus, *l.7.§.1.& 2.de pact.junct.l.5.& l.21.de præscr.verb.* Estque ea causa h.d.ratio, quæ ex præcedente placito, aut statim ubi convenit, præstatur. Neque officit, quod veteres dubitaverint an permutatio eadem sit cum emptione, *l.1.§.1.de contr.empt.§.1.l.ead.* Decisum enim jam est ex sententia Proculianorum, quod differant, *d.§.1.in f.* Conf. Observ. *ad n.2.de contrah.empt.*

Permut. non est rei alienæ.

N. IX. *Quarectè Paulus*) Pertinent hæc ad explicationem *l.1.§.3.h.t.Q.an res aliena veniat in permutationem?* Neg. 1. quia datione perficitur hic contractus, *d.l.1.§.1.h.t.* dominii, aut juris illius quod tradens habet, translatione, eaque ad perfectionem ejus pertinet. E. qui rem alienam dedit, hîc contractum non perfecit, cum paria sint rem non dare aut dare eam quæ postea evincatur, *arg.l.1.C.h.t.* 2. Ubi est permutatio celebrata, ibi potest agi ad implendum contractum, *l.4.& 5.C.eod.* Sed qui dedit rem alienam, non potest agere ad implendum, sed rem alienam repetit, *d.l.1.§.ult.h.* Atque hinc insimul dependet decisio. Q. *an in permutatione necesse sit tradendo præcisè dominium transferre?* Quod affirmant de dominio latè sumpto pro jure in re. vid. Ferd. Arias de Mesa *l.1.res 39.n.17.c.*40.*n.*5.17.25. 1. quia traditio hîc *l.1.§.2.* intervenire dicitur, quæ vel dominium, vel aliud jus in re operatur, *arg.l.20.de a.r.d.* 2. Res in qua mihi jus aliud in re, potest permutari cum aliâ, quæ in alterius est dominio. Idem in juribus incorporalibus. Et possunt hæc emi, vendi. E. & permutari, *arg.l.2.h.t.* Non officit *l.34.de aur. & arg. leg.* Respondetur enim transferri dominium, si & tradens sit dominus, *arg.d.l.*20. Conf. Fortun. Garc. *ad l.juris gentium.de pact.n.*64. ubi dicit, in his, in quibus ex qualitate rei non sumus domini, ut valeat permutatio, necesse est, ut habeamus jus in re, ex quo censeamur loco dominorum. Nec etiam mutat *l.f.de cond.caus.dat.* Ad quam malè respondet Metillus *lib.1. Var. ex Cujac. c.18. in f.* eam non loqui de permutatione. Est enim de do ut des contractu, qui à permutatione planè nihil distat, ut infra explicabitur. Rectiùs respondetur, ut ad *d.l.*20. Quibus omnibus consequens est, quod aliena res in *l.1.§.3.h.* non dicatur strictè, quæ non est in dominio propriè sic dicto, sed latè quæ simpliciter aliena, in quâ tradens nihil juris in re habeat, *arg.l.49.de V.S.* Cæterùm, quod in

Transfert dominiū vel jus aliud in re.

Explicatur l.1. §. ult.h.t.

sæpe *d.l.1.§.4.h.* dicitur, *si primus dedit secundò hic verà nolit itidem dare, primum non agere ad interesse, sed ut re reddatur condictione caus. non secuta:* id, inquam, rectè restringit Autor ad rem alienam, quâ de expressè loquitur §.3. præcedens. Vel enim quod dicitur in *§.f.h.* (*si quis nolit dare, posse agi non ad interesse sed condictione ad reddendum*) absolutè intelligendum, vel restringendum est ad terminum habilem, ad rem alienam. Illud exinde fieri nequit, quia absonum est, re datâ ut alter itidem det, non posse agi ad interesse seu præscriptis verbis, *l.4.5.7.8.C.h.l.5.§.1.eod.* E. intelligendum de re alienâ. Diss. Bachov. ajens verba, *non in hoc agemus,* supplenda, & perinde accipienda, ac si scriptum esset, *non tantùm in hoc agi posse, sed etiam &c.* item Mæstertius *de justit.Roman. leg.lib.1.c.3.num.15.prioris edition.* ubi loquit, *non in hoc agemus,* sc. *necessariò,* quod agere possimus ad interesse. Verùm quî correctionem & supplementum hoc admittat ille §. non video; quia duo repugnantia sunt, non posse agi ad interesse & posse agi; textus autem habet *non* posse agi ad interesse, non verò *non tantùm,* vel *non necessariò* agi. E. Et quodcunque de condictione caus. datâ hîc affirmatur, id de actione ad interesse, quæ est præscript.verb. negatur. Neque etiam concedendum quod Bach. ait, se credere, si quis rem alienam dederit, præscriptis verbis agi posse, sed ita ut alter rem acceptam reddere teneatur. Enimverò (1) ipsa res data hîc reclamat, quæ ob suam inidoneitatem effectum hunc, ut agi possit actione præscript.verb. operari planè nequit, per *l.1.§.3.h.* ubi dicitur dantem rem alienam non contrahere permutationem. E. nec aget præscript.verb. cùm negatâ causâ effectum negari necesse sit. 2. Nulla actio præscript.verb. datur ad id, ut res reddatur, quia non competit ad dissolvendum, sed ad implendum, eoque nomine condictio caus.dat. & præscript.verb. opponi solent, *d.l.4.5.7.8.C.h.t.* Denique nec faciendum cum Gothofredo, qui *d.§.ult.* notat, propterea dari condictionem, quod altero invito liceat pœnitere. Quamvis enim in thesi verum sit, pœnitentiæ in contractu do ut des esse locum, attamen ea non est caussa condictionis in *h.§.4.* competit namque condictio caus.datâ, vel ob pœnitentiam, vel etiam ob moram s. cessationem, *l.13.commod.l.3.§.2.* *de cond.caus.dat.* quæ hîc est ejus qui accepit & contra tradere non voluit, *d.l.1.§.4.*

Refertur sententia Bachovii Mæstertii.

N. X. *Nam si genus cum genere*) Notanda hoc numero sunt hæc 1. Dicit distinctum esse do ut des à contractu permutationis. Rectior sententia est, quod nihil omninò differant 1. quia & do ut des & permutatio potest esse rerum generis & speciei, *l.5.§.1.de præscr.verb.l.1.de contr.empt.l.3.C.h.t.§.2.de empt. vendit.l.*1.§.2.*h.* Et generis cum genere fit permutatio in cambio. 2. In permutatione semper res datur ut detur iterum aliquid, *l.1.§.2.h.* Quæcunque itaque res potest dari, illius etiam cæteris paribus est permutatio. At & speciei res & generis potest dari, *arg.d.l.5.§.1.de præscr. verb.* E. Ita & Bachov. *h.* Ludovic. Molin. *de justit.& jur.tom.2.de contr.tr.2.disp.253.n.9.* Anton. de Padill. *in l.5.§.1.h.t.n.9.* Perez. *h.n.5.* novissimè Zoësius *comm. h.n.4.* Diss. Wesenb. *h.t.* quod non sit permutatio, si genus cum genere, aut species cum specie commutetur. 2. quod ex permutatione oriatur actio b.f. non verò ex do ut des, *§.28.de act.3.* quod in permutatione veniant res certæ individuæ, h.e. ut intelligo, ubi certus fundus pro certo fundo datur, *l.5.C.h.* Verùm responsio facilis est. Ad 1. quod ex citatis leg. contrarium satis pateat. Ad 2. in opposito §.28. per contractum do ut des intelligi permutationem, quæ synonima, *l.1.* *C. h. t.* Et ad 3. neque in permutatione neque in do ut des requiri vel res certas vel individuas, i. e. certas in dividuo, per leg. initio allegatas. Add. Pin. *ad l.2.*

Perm. & do ut des nō differ.

C. de resc. vend. p. 2. c. 1. nu. 10. Dissentit nonnihil Dn. Lauterbach. *de innomin. contr.* §. 3. *th.* 16. II. vult Aut. partes h. contr. esse species rerum, consensum & traditionem, aliquando & stipulationem. Si substantiales intelligit, falsissimum illud est. 1. quod permutatio non respuat res generis. 2. quod consensus proximè non perficiat permutationem, sed traditio, *d. l.* 1. §. 3. *h. t.* Licet enim nonnulli existiment, permutationis nomine posse intelligi contractum & conventionem innominatam, quæ traditionem præcedit (sicut nomine venditionis intelligitur conventio facta ante traditionem) atque ideo contractum permutationis perfici secundum totam suam substantiam significatam per illud nomen, solo consensu ante omnem traditionem, isti tamen opinioni, (quæ & paucorum est) non modò jus civile Romanorum reclamat, *l.* 1. *l. ex placito C. eod.* sed & reliquarum gentium usus, quæ in commutatione actualem rei dationem desiderant. Vid. Observ. *de contr. empt. n.* 10. Unde Joh. de Lugo *d.* 22. *sect.* 3. *n.* 19. tota hæc quæstio, ait, est de nomine, nam de re jam diximus, ante traditionem reperiri conventionem aliquam, sicut in venditione; constat etiam ex dictis, non sequi actionem civilem ex illo contractu, quia innominatus est, nisi traditione secutâ & completo contractu ex parte unius. An verò conventio illa præcedens appellanda sit permutatio, an verò solùm, quando sequitur traditio, parum refert, & melius est servare modum loquendi in legibus usitatum, in quibus solùm appellatur permutatio quàndo res tradita fuit. Hæc de Lugo. 3. Quia stipulatio diversissima est à permutatione, scil. hæc conventio permutandi, quæ re perficitur *d.* §. 3. illa conventio permutandi quæ verbis: hæc præscriptis verbis actionem producit, illa ex stipulatu, *l.* 4. *& 7. C. h. t.* Diversi autem effectus diversas causas arguunt. Denique hæc sine interventu rei non producit obligationem, sine eâ enim pactum nudum est, *l.* 7. §. 4. *de pact.* illa maximè, quia solemnis interrogatio interveniens dat formam conventioni, ne nuda sit amplius, sed nomen habere dicatur, *l.* 1. § *f. eod. arg. l.* 21. *de præscr. verb.* Non officit *l.* 3. *C. h. t.* Loquitur enim non de permutatione, sed placito seu pacto permutationis, cui adjecta est stipulatio, unde per novationem fit stipulatio, non contractus innominatus. Addatur tandem idem bene comprobans, quod scil. permutatio nullâ re secuta nullam operetur actionem, D. Mev. *p.* 1. *d.* 175. III. Contendit Wes. formam permut. esse, ut aut traditione aut stipulatione fiat, Verùm (1) ita stipulatio & contractuum aliorum omnium forma esset, cùm & iis accedere possit; quod tamen dictu absurdum. (2) Permutationis forma est rei interventus, *d. l.* 1. §. 3. *h.* E. stipulatio quæ sine re fit, ad formam permutationis non pertinet. Nec refragatur *l.* 77. §. *heredes d. leg.* 2. Dicitur enim inibi tantum, quod interpositis delegationibus (per stipulationem) facta sit divisio & permutatio; sed & divisionem & permutationem sine stipulatione fieri tralatitium est, quia illa re ipsa fit, q. rebus permutatis, Wesenb. *in t. fam. hercisc. n. 5. in f. vers. divisio fiat,* hæc autem non nisi ex re traditâ initium habet, *sæpe d. l.* 1. §. 3. *h. t.* IV. Nihil est quod dicit, permut. ex stipulatione omnem vim & effectum suum habere. Nam contractus quo de h. loquitur, innominatus est realis: hunc verò ex stipulatione, (utpote quæ rei interventum non requirit,) omnem suum effectum trahere, & mutari non posse, contra Auctorem ex ante dictis manifestum est. Cæterum addi nunc quoque prædictis meretur, quod ex permutatione ante implementum non sit actio, exceptio tamen competat, Dn. Mev. *p.* 3. *dec.* 27. quod actio ex permutatione ad implendum, permutatâ re evictâ desinat, & rei evictæ exceptio admittatur. *p.* 3. *d.* 28. nec non permutatio si fiat rei hypothecatæ cum re alia, non corrumpatur inde pignus & jus creditori quæsitum, sed res cum suo onere in alium transeat, *p.* 5. *dec.* 6. de mixta vero empt. & permut. vid. *p.* 3. *dec.* 16.

[Margin: Quæ partes sint permut.] [Margin: Non perficitur solo consensu.] [Margin: Neque stipulatione.] [Margin: Additio.]

TITULUS V.

De præscriptis verbis, & in factum actionibus.

[Margin: 1. *Continuatio, & quare hi contractus sint innominati.*]

SEcundo loco dixi, *sup. ad tit. de æstima. act.* actionem præscriptis verbis dari, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili sunt proditæ, *l.* 3. *h. t.* Hi enim, quamvis nomen & formam specialem non habent: tamen quia nuda pacta non sunt, quæ nullius mutuæ obligationis vinculo colligantur, sed habent in se & συνάλλαγμα, & negotium aliquod civile nempe rerum commercium, civilem etiam actionem producant necesse est. *l. jurisgen* 7. *in prin. sup. de pactis.* Quæ quia non potest ad certam aliquam formam accommodari, cum ipsa negotia unde oritur varia sint & incerta, præscriptis in factum quodlibet verbis à prætore informatur.

[Margin: 2. *Genera 4. contractũ innominatorum.*]

Solent autem istiusmodi contractus ad quatuor fere genera redigi: aut enim do ut des, aut do, ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias.

[Margin: 3. *Do ut des.*]

Si do tibi rem, ut contra rem accipiam, cum non placeat permutationem rerum emptionem esse, nascitur civilis obligatio innominata: indeque actio præscriptis verbis oritur, qua agitur non in id, ut reddas quod accepisti (condictio enim non datur ex contractu, ad contractum rescindendum) sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere. Sane ex alio capite, quod antequam dederis tibi obligatus non sum: si meum recipere velim, condicere possum, quasi re non secuta: itaque periculum ejus rei quam dare debes, ad me pertinet, quod quidem ad actionem præscriptis verbis attinet: *naturalis.* 5. §. *vers. sed si scyphos. hoc t.* Quia cum sis debitor speciei, interitu ejus liberare. *l. si ex legati causa, 23. de verb. oblig.* Sed quoniam pœnitere possum antequam ullius rei datione me tibi obligasti, nihilominus condicam meam rem quasi ob causam datam, causa non secuta, *l. si. supr. de condict. causa. de causa non sec.*

[Margin: 4. *Do ut facias.*]

At eum do ut facias, si tale sit factum quod locari solet puta ut tabulas pingas, pecunia data locatio erit: si res sit quæ mercedis loco datur, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in id quod mea interest, vel ad repetendum condictio, sicut in superiore casu, idemque juris est etiam pecunia data: si tale est factum quod locari non potest: quia usum fruitionis non recipiat: puta ut servum manumittas. Sed si servum tibi dedi, ut tuum manumitteres & manumisisti & is quem dedi evictus sit: si sciens dedi, de dolo teneor propter fraudem, ut Julianus voluit: non enim videbatur civile esse negotium, quod fraudulenter gestum esset. Sin ignorans præscriptis in factum verbis, civilem putat J.C. dandam: quia manumittendo me civiliter ad dandum obligasti. *d. l. natura. l.* 5. *at cum do.* Quod si dubitetur sciens, an ignorans dederim, existimabat hoc casu Julianus, non posse civili actione agi, quod dubitaretur quænam danda esset, utrum præscriptis verbis, an vero de dolo prætoria: itaque in factum actionem subsidiariam a prætore concedendam in quo merito reprehensus est à Martiano, cum & hoc casu sufficiat præscriptis verbis ex civili obligationem actio. Humanius est enim, in dubio præsumi civiliter, & bona fide potius quam dolo malo negotium esse gestum. *in l. jurisg. in fi. prin. sup. de pactis.* Atque hæc quidem interpretatio quibusdam placet: de qua alio loco quia diximus, non est opus hic eadem inculcare, *vide supr. in ti. de pact.* Explicatus est articulus, do ut facias.

[Margin: 5. *Facio ut des.*]

Quod si faciam ut des, & postquam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio: *d. l. natur.* §. *quod si faciam. h. t.* quia nulla subest obligatio, quæ formam civilis contractus habeat: & ideo de dolo subsidiaria dabitur. Nec enim negotium hoc congruit emptioni, ut in do ut des: nec locationi, ut in do ut facias: nec alii cuipiam civili contractui simile est, ad cujus formam actio præscriptis verbis accommodetur, *d.* § *quod si faciam.* Deinde ex facto non perinde mihi obligaris, atque ex datione: quia

quia fieri potest, ut ex facto meo nihil ad te perveniat: verbi gratia, si servum meum manumittam ut mihi des decem, hic constat nihil ad te commodi ex libertatis datione redire, quo mihi civiliter obligeris: de qua specie loqui J. C. exemplum manumissionis paulo ante positum ostendit. Quod cum ita sit, ad evitandas has decipulas & in omnem eventum placuit hoc casu de dolo actionem dari. Etenim in dolo es, qui cessas fraudulenter in dando, postquam ego feci, *l. dolus § mandat.* Nec hoc pugnat cum edicto de dolo. *l. 1. § 1. 2. 3. de dol. mal.* quoniam in dubiis casibus dantur ad præcidendas lites subsidiariæ actiones, quæ in certis non darentur: *ut l. 1. de aestim. act.* idque de actione doli traditur. *L. & eleganter. 7. § non solum. t. de dol. mal.* Donellus nullam actionem hic interpretatur de condictione, de qua tamen non ultimo loco egerat Paulus, sed de præscriptis verbis actione. Deinde actio de dolo non datur, quoties alia quavis actione etiam ab alio res servari potest *l. 1. § ult. l. 3. l. 4. de dol. mal.* Sed hæc majoris sunt disputationis, quam hic pluribus persequitur Donellus, unde studiosi petant.

6.
Facio ut facias.

Quod si Facio ut facias, quia utrinque æqualia præstantur, nempe facta, formam res habet civilis negotii, cum propter æqualitatem, quæ juris civilis propria est, tum quia simile est negotium mandato: ut, verbi gratia, si convenit, ut ego à tuo debitore Carthagine, tu à meo Romæ exigas: itaque actio oritur præscriptis verbis mandati consimilis. *l. naturalis. 5. § sed si facio hoc tit.* Et ad hæc quidem quatuor genera fere reduci contractus innominati omnes possunt. Sed tamen quia plura sunt negotia quam rerum vocabula, *d. l. 4. h. t.* fit ut existant interdum contractus, qui nec in hæc quidem genera cadant: & tamen habeant causam obligationis civilem propter συνάλλαγμα.

7.
Qualis sit hæc actio.

Cujusmodi species in hoc titulo plurimas invenire licet, quibus ex omnibus præscriptis verbis est agendum: *l. 1. h. t.* quæ actio, utpote ex civili obligatione manans, civilis est, & similis ordinariarum præterquam quod non certis formulis concepta est, sed tanquam Lesbia regula ad quælibet facta accommodatur: eaque sic agitur, ut nullum certum actionis genus aut nomen in libello exprimatur.

8.
Actionem in factum ab hac longe abesse.

Ab hac autem longe distat actio in factum Prætoria, quæ deficiente obligatione, & causa civili, aut verbis legis, ex æquitate à prætore datur, *l. quia actionum 11. l. quoties 2. hoc tit.* nam hæc plane subsidiaria est, ut aliis civilibus extantibus nequaquam detur: *d. l. quoties.* cujusmodi sunt fere omnia prætorum remedia. *l. & eleganter. 7. non solum cum seq. sup. de dol. mal. l. in causa. 19. sup. de minoribus.* Præscriptis autem verbis actio cum sit civilis, etiam civili ordinariæ actioni adjungi, & cum ea concurrere potest, ut multis leges apertissime comprobatur. *l. Labeo. supr. de contrah. empt. l. si convenerit supr. comm. dividundo l. si convenerit. sup. de rescind. vendit.*

OBSERVATA.

Innom. contr. quid.

N. I. *Quamvis nomen & formam*) Nomen non habent contractus innominati, quia datio aut factum non sunt determinata ad certum aliquem modum, sed reperiuntur sub generali & communi natura, h. e. stant in suo communi nomine, *l. 7. § 1. de pact.* Neque officit nomen *permutationis*, quod definitum videtur & speciale. Nam si latissime accipiatur, id confusum esse planè indubium est, quod conveniat omnibus contractibus respectivis, ut ajunt, s. ex quibus utrinque aliquid præstatur; vide observ. *ad rubr. 1. prac.* Si capias pro specie innominati contr. do ut des, nec tunc determinatam & specificam contrahendi formam habet, qualis est in mutuo atque aliis qui rei datione itidem perficiuntur. Jung. not. *s. t. de pact. n. 2.* In his enim datio vel factum sunt determinata ad certum aliquem modum, certum finem, rem certam, h. e. in proprium nomen transeunt, ut dicitur eadem *l. 7. § 1.*

Quid sit contr. innomin.

Hinc contractus innominatus est conventio, quæ habet causam sine nomine, *arg. sæpe d. l. 7. § 1. & 2. de pact. l. 21. h. t.* Per causam autem hic intelligimus actualem rei dationem vel factum, *l. 5. § 1. & seqq. h. t. junct. d. l. 21. eod.* nam quicunque contractus dicuntur, non stare in suo nomine, sed causam habere, illi non nisi actuali rei datione vel facto perficiuntur, *d. l. 7. § 1. & 2. d. pact. l. 1. § 2. de rer. permutat.* Et hinc deciditur Q. quæ est de principiis juris, *an contractus nominati perficiantur sine facto aut sine rei datione?*

Innominati côtr. non perficiuntur sine rei datione.

Quod negat, & rectè, Dd. comm. secutus Bach. *h.* per fundamenta allata, *junct. l. 3. C. de rer. perm.* Dissentiunt pauci, & novissimè Jac. Mæstert. *d. c. 3. n. 2. prior. edit.* præcipuè *per l. 3. § 4. de cond. caus. dat. l. 7. § 2. de pact.* Ad quas hæc reponi possunt. Primo Accurs. in *d. l. 3. § 4.* non intelligit condictionem sine causa; quod ea non detur ad implendum, *arg. l. 3. § 2. eod.* sed condictionem, h. e. personalem actionem, *arg. § 15. de action.* Neque etiam actio præscript. verb. significari potest; quod ea non nisi tunc oriatur, ubi actualiter quid vel factum est, vel datum, *l. 5. § 2. & seqq. h. t.* Neque etiam vocabulum causæ denotat respectum mutuæ dationis vel præstationis, sed actum quo datur vel fit, ut iterum quid detur vel fiat, per *verba sub seqq. d. § 2. & d. l. 5. § 1. & seqq. h. t.* Simplex enim respectus mutuæ dationis vel facti in pacto etiam nudo esse potest, (ut promitto tibi equum, ut vendas mihi ædes tuas) quod tamen contractum innominatum dicere (cum nudum sit & sine causâ, *d. l. 7. 4. de pact.* ratio juris non admittit. Neque contrariatur, quod ad illud, ut factum vel datio producat obligationem, non requiratur contractus aut conventio, *l. 206. de R. J. l. 1. cond. indeb.* causa verò hic respiciat conventionem, *l. 7. § 4. pr. de pact.* Quia enim (1) quod factum aut datio obligationem producit citra conventionem, verum est in thesi, & fallit in innominatis contractibus, ad quorum substantiam actualis datio vel factum requiritur. (2) leges objectæ loquuntur vel in thesi, vel de qs. contractibus, à quibus hîc nihil infertur, cum causam quidem habeant, sed sine conventione, aut vero consensu. Insuper causa dicitur in innominatis subesse propter conventionem, quod datio vel factum interveniat, h. e. quod in conventione simul res detur aut quid fiat. Nam quid sit causam non subesse propter conventionem in aliquo negotio, hoc explicandum est ex opposito. Dicitur autem causa subesse propter conventionem, quando convenitur v. c. ut detur Stichus, quo Pamphilus manumittatur, & Stichus revera est datus, *l. 7. § 2. de pact. l. 5. § 2. & seqq. h. t.* E. dicitur è contrario causa non subesse propter conventionem, quando conventio quidem fit, sed nihil simul actualis dationis intervenit. Neque verò quidquam sententiæ nostræ contrariatur, quod *l. 1. § 2. de rer. perm.* censeatur loqui de plena perfectione permutationis, eademque jure conventionis possit perfici citra rei traditionem. Enim verò distinctio illa inter primam & secundam perfectionem, seu inter contractus perfectionem & implementum aut consummationem, obtinet quidem in consensualibus, *arg. l. 13. § offerri, de act. empt.* at in realibus nominatis & innominatis non itê, quorum nulla est, sine una, quod rei interventu constituantur, *t. t. quib. mod. re contr. oblig. l. 5. § 1. & seqq. d. præscr. verb.* quo ipso & implentur & consummantur, perfectio. Add. not. *supr. t. de rer. perm. n. 10. v. licet.* Quod si in realibus nominatis ita distingui posset, sequeretur, itidem contra manifestam juris rationem, mutuum, commodatum, pignus, &c. esse perfectos contractus antea quàm res in iis tradun-

Hoc in praxi receptum.

tur. Atque prædicta quam sustinemus; Dd. communis sententia, quotidiè etiam in praxi servatur. Et pertinent huc elegantia verba Vasq. *de success. creat. lib. 2. § 12. limit. 2. n. 50.* *Reliqua autem*, inquientis, *obligationum species, quæ quoad formam præter consensum desiderant vel rei interventum, vel verborum, vel scripturæ solennitatem, ante interventum istorum non videntur perfecta, neque inesse producta, etiam quoad sui creationem: sed habentur veluti posthumus nondum in lucem editus.* Et Bald. *cons. 282. p. 1. n. 8. in f. sed contractus innominati*, inquit, *non pariunt actionem, nisi rei interventu,*

Error prædictus est vetus, etiam Accursi. Ripæ.

ventu, arg. l. ex placito. C. de rer. perm. Cæteroqnin contraria, quam supra rejecimus opinio est eadem, quam ante fovere cœpit Accurs. in l. petens. C. de pact. Franc. Rip. in rubr. de verbor. oblig. n. 41. quam pluribus refutat Bereng. Fernand. ad l. pacta conventa. rubr. summa ad subdivisionem membrorum, num. 4. & seqq. de contr. empt. Eundem denique errorem imbibisse videtur Martin. Bresserus de conscient. lib. 6. c. 18. nu. 235. vers. quando ex innominatis, &c. putans ex contractu innominato sequi statim obligationem naturalem in conscientia, non civilem, nisi adimpletione alterius partis vestiatur. Nam contractus innominati, cum JCtis si loquamur, ut Bresserus intendit, nec possunt per rerum naturam esse, antequam res ipsa seu caussa interveniat, l. 5. de præs. ver. l. 7. §. 2. de pact. E. nec ante producent obligationem sive naturalem sive civilem. Sanè quia aliud est conventio præcedens v. c. de dando ut detur, alia vero ipsa datio, separatim quidem considerari potest conventio illa. Verùm nequicquam dicitur tunc contr. innominatus, qui jure Rom. conventione sola non perficitur, l. 1. §. 2. de rer. perm. Sed ita est pactum nudum, ideoque sic recurritur ad illud, an nudum pactum jur. civ. producat actionem, quod negavimus dicto jure, affirmamus verò jure naturali, supr. tit. de pact. n. 9. Romani enim ob lites evitandas in Republ. sua & tranquillitatem in ea conservandam, ex contr. innominatis nullas dederunt actiones nisi & consensu actuali & datione vel facto perfectis: Neque hoc contra jus naturale est sed præter; quia idem cernere licet in mutuo & reliquis contractibus realibus nominatis, qui jure gentium inducti, & tamen nisi rei interventu, non perficiuntur. Et licet datio & factum in contr. innominatis sint actus Reip. necessarii, quat. homines iis adstringuntur, tamen sunt tales quoad sui substantiam tantùm, non vero & quoad actus speciem seu modum, qui indifferens, nec à jure naturali determinatus, ideoque à majestate civili pro ratione circumstantiarum variè definiri potuit. Atque hinc etiam est, quod nec hodierno jure contractus innom. sine rei interventu perficiantur. Gudelino, 5. de j. noviss. 5. in f. nequicquam dissentiente. Nec enim alibi id mutatum est, neque citatus ipsi Covarr. ad c. quamvis de pact. in 6. q. 2. §. 4. n. 14. quippiam de innom. contractibus habet in tota illa relectione. Apparet autem hinc satis illa quæ hoc cent. statuta sunt, licet non usque ex naturalibus & juris gentium, plurimùm tamen ex civilibus justi principiis descendere.

Bresseri.

Jure nat. ex inde obligatio est ante traditionem.

Secus ac jur. Rom.

Quod exinde non est contra jus nat. sed præter.

Improbatur Gudelinus.

N. II. *Solent autem*) Contractus innominatos alii dividunt in *non respectivos, & respectivos seu correlativos*. Illos vocant, quibus unus duntaxat contrahentium obligatur, ut quando quis pacto nudo quid promittit, *Accurs. in l. 1. de oblig. & act.* Hos qui tendunt ad utrumque simul obligandum, quorum sedes *in l. 5. h. t.* Verum (1) contractus, quos non respectivos vocant, jure civile ne quidem sunt contractus, sed pacta nuda, ideoque nulla est ejusmodi divisio, & jus nostrum tales contr. planè ignorat. (2) Omnes innominati sunt respectivi. Rectiùs itaque innominatos Dd. dicunt esse quatuor, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, d. l. 5.* Duo enim extrema sunt in his contractibus, *dari* scil. aut *fieri*, seu quod idem, duo genera, dandi vel faciendi. Qui autem & quando sint tales, non constat satis inter Interpretes. Br. in *l. 5. §. 4. h.* hoc æstimat ex forma ineundi, alii ex modo implendi. Verùm nobis colligendum hoc videtur ex caussâ propter quam actor intendit suam actionem. Nam interdum latio facit initium contractui, ut videatur subesse contractus dandi, qui tamen, si intentionem agentis respicias, non est dandi sed faciendi. Sic in *l. 7. §. 2. d. pact.* videtur esse contractus dandi, quia initio erat quid datum: sed verè est contractus faciendi: nam quod datum, erat evictum, ego verò quid feci, nam manumisi; ideoque propterea ago quod quid fecerim: vide Joh. de Castill. *d. usufr. c. 48. ass. 230.* Circa contractus autem innominatos hæc quinque in universum notanda sunt, I. quod concipiantur indifferenter per modum, *ut*; do ut des, facio ut facias, *l. 5. h. t.* aut per conditionem *si*, do si des, facio si facias, *arg. l. 5. verb. conditionis C. de rer. perm.* II. quod do ut facias, contineat etiam do ne facias, & do ut des, do ut non des. *Henr. Heydecc. disp. ad l. 5. de præscr. verb. th. 32.* Duo enim, ut suprà diximus, extrema hic sunt, *dare & facere*, sed nihil refert an affirmativè, an negativè, *arg. l. 2. pr. & §. item si in facto de V. O.* Hacque ratione non sunt plures innominati, quàm quatuor. III. est quod do ut des nihil aliud sit, quàm permutatio propriè sic dicta, *l. 5. §. 1. 2. &* juxt. not. *ad t. de rer. perm.* IV. quod contractus in dubio pro innominato habeatur, *arg. l. 1. pr. h. t. junct. l. 1. de æstim. act.* V. denique quod judicandi & explicandi sint juxta eos nominatos, quibus magis sunt similes. Aliter sentit Grotius *de j. p. & b. l. 2. c. 12. §. 3.* dicens tres esse jure Rom. contractus diremptorios, do ut des, facio ut facias, facio ut des, ad quos ceu tria genera deinceps, rejecta distinctione contr. nom. & innom. revocat omnes contractus diremptorios. Verùm quâ ratione ille omittat do ut facias contractum, qui disertè quoque habetur in citata ipsi *l. 5. §. 2. h.* hactenus non video. Neque enim hic contractus est diremptorius, nec minus usitatus, proximus locationi quidem sed revera ab eo distinctus.

Nulli sunt innomin. contr. non respectivi.

Quatuor sunt in universum.

Quinque circa eos notanda.

Examinata Grot. Sententia.

Si do tibi rem) I. contr. innominatus est do ut des, qui comparatur cum empt. vendit. *l. 2. de rer. perm.* Hinc quæ de emptione venditione dicuntur, & permutationi accommodanda sunt, ubi convenire possunt & leges non contrariantur, *arg. d. l. 2. de rer. perm.* Sic in ea locum habet Evictio, *l. 1. de rer. perm.* actio Redhibitoria, & quanti minoris, item præstatio damnorum, ut in emptione vend. *l. 5. §. 1. verb. periculo, h. t. ubi Accurs.* Sed Q. *num sicut in venditione per traditionem non transfertur dominium, nisi soluto precio, aut fide habita: ita & in permutatione tradenda nec transferatur dominium, nisi & ex alterâ parte re tradita aut oblata?* Aff. ad Bart. *in l. 2. C. de rer. perm.* Sed melius negatur (1) *per §. 41. I. de rer. perm. divis.* ubi hoc saltem prædicatur de emptione vend. in qua illud extra ordinem est receptum, ideoque in cæteris non obtinet *arg. l. 7. de test. tut.* (2) in do ut des rei traditione statim transfertur dominium, antequam ex alterâ parte contractus impleatur, *l. 4. C. de rer. perm. l. 3. de pign. act.* quod enim ibi creditor retinet jus in pignore quod dolo debitoris solutionem prætexentis acceperat, ex natura contractus pignoris b. f. ibidem deciditur, non ex contr. aliquo nominato qui inter debitorem accipientem pignus solvendi debiti causâ interque creditorem celebratus sit. Add. post Gl. *in l. 2. C. h.* Molinam *tr. 2. d. 396. n. 6.* Cons. Merill. *9. var. ex Cui. 28.* Ita etiam hic quæri solet, *si pecuniam dem, ut rem recipiam, an sit do ut des, an verò emptio venditio?* Posterius affirmatur, *in l. 5. §. 1. h.* prius verò *in l. f. vers. ob rem. de cond. caus. dat.* Respõderui, quando pecunia datur, potest considerari ut pretium aut quantitas, vel ut corpus, *l. 51. de leg. 1. l. 94. de solut.* ut cũ numismata vel peregrini nummi dantur ob mercem, puta, Pœni, nummi Attici. Priori casu est emptio venditio, *l. 5. §. 1. h.* posteriori permutatio, seu do ut des, *d. l. f.* Dissentit novissimè Emund. Merill. *lib. 1. variant. ex Cujac. c. 19. d. l. f.* censens non esse intelligendam de permutatione. *Primò* quod negetur hic contractus *in d. l. f.* esse pro portione emptionis, unde nec sit permutatio, quæ portio talis contractus emptioni accedens. Respondetur (1). verba *pro portione emptionis,*

Do ut des s. perm.

Statim ex traditione transfert dom.

Explicatur l. 5. §. 1. h. & l. f. pr. de cond. caus. dat.

emptionis, ibi nihil aliud significare, quàm speciem emptionis, ut non sit pro portione emptionis, h.e. non sit conventionis illa species, quæ emptio venditio dicitur: (2) Negatur consequentia, quia si non est venditio, vel erit do ut des seu permutatio, vel alius contr. nominatus aut innominatus. At alius non est, uti per inductionem facilè constat. E. *arg. l. 1. h. t. Deinde* sic colligit Metillus: In permutatione non debet transferri dominiũ. In casu *d. l. f.* dominium debebat transferri E. Resp. Neg. maj. nam in permutatione tradendo debet dominium transferri, si modò id tradens habeat, *arg. l. 20. de a. r. d. & per not. ad t. de rer. perm. n. 9.* & qui pecuniã dederat, is alterum ratione initi sibi obligaverat ad Stichum dandum (quia antequam ab altero impleatur contractus hic dando dominium transfertur, *l. precibus. C. de rer. perm.*) non autem erat impletus contractus, quia Stichus ab altera parte datus erat alienus: ideoque hic *ex accidente & præter mentem* ejus qui pecuniam dederat, competat condictio. *Tertium* argumentum est hoc: Ex permutatione datur actio præscript. verb. At in casu *d. l. f.* non datur talis actio sed condictio. E. Resp. ad Min, quoad actum primum dari eam; quod datione pecuniæ sit translatum dominium, & alter qui accepit, obligetur ad reddendum. Ex accid. autem fit, quod impediatur exerceri hæc actio, propter moram scil. alterius, qui Stichum, qui alienus datus est, in effectu non dedit. Cæterum quando aliquid datur, ut iterum quid detur, quæ præsto sunt duæ actiones, altera ad implendum, altera ad dissolvendũ. Et utramque esse ex permutatione s. ipso contr. do ut des, opinatur Filliucius *tr. 35. c. 1. n. 3.* per *l. in rebus C. de rer. perm. & l. 1. §. fin. eod. t.* Verùm de ultima id non probatur per *cit. §. f.* Condictio enim causa data ibi competere quidem dicitur ad dissolvendum, sed non additur eam esse ex ipso contractu. Rectiùs itaque dicitur eas ex diversis causis promanare. Illa præscriptis verbis ex contractu oritur, *l. 5. h. t.* quia directè & explicitè quis dat propterea ut det & alter. Competit autem etiam ad interesse, extra ordinem contra communes juris regolas, (quibus obligatio dandi ad id non datur) ex natura contractuum innominatorum. Ideoque licet obligatio dandi sit nata, non tamen tenetur reus, sed præstando interesse liberatur, *l. 5. § 1. h. t.* Hæc verò, Condictio caus. dat. ex quasi contractu descendit, qui formatur ex rei receptione, *arg. §. is quoque t. quib. mod. re contr. obl.* præter directam contrahentiũ intentionem: neque enim eo animo traditur res, ut recipiens teneatur restituere, *arg. l. si is qui § f. commod.* Indeque rectè dicit Wesenb. ex alio capite dari condictionem: vid. Observata, *ad tit. de condict. caus. dat. n. 3. l. 3. § 2* In effectu autem hæc obtinet & locum habet ob pœnitentiam vel ob moram, *de condict. fin. caus.* Pœnitentia hîc intelligitur à patre dantis, quia is dando alterum sibi obligavit *l. precibus. C. de rer. perm.* propter interventum caussæ seu synallagmatis: ipse verò alteri non astringitur (nihil enim adhuc dedit atque ita nihil præstitit) ideoque potest solvere iterum illam obligationem (quæ ut ab una, ita & ab altera parte non contrahitur nisi actuali datione) rei petitione, *l. 5. de cond. caus. dat.* Atque ita jure Romano constitutum esse ex civilibus justi principiis, indubium est, quod verò an justè factum sit, & naturali jure, facilè in dubium vocaveris. Primò enim videtur quod dans pœnitere nequeat, cum accipientem interpellare possit ad implendum. Nisi dixeris dantem (quatuvis eo animo & intentione contraxerit cum alio & rem dederit, ut contractus ondique perficeretur, juxta principia humanæ actionis, *l. 55. de O. & A.*) pœnitere posse, quod nunquam fuerit obligatus, sed accipiens, ex lege Romanis sic constitutâ, quà dant libertas est pœnitendi, antequã alter impleverit, quod præter, non contra jus naturæ est, ex conditione contr. innominatorũ, quodque accipiens implere potuerit si sua interesse censuerit. Secundò officit illud juris principium, quod si alter posset resilire, alter non, contractus claudicaret, contra *l. Julianus § si quis, & § seq. de act. empt.* Ad quod verò commodè reponitur, contractum innom. sic non claudicare; ex quo enim constituta est pœnitendi libertas, contractus resolvitur, qui semper fit cum tacita illa conditione quam à lege accepit, pœnitendi antequam ab altera parte impleatur; ideoque quando dans pœnitet atque rem recuperat, & accipiens liberatur. Tertiò obstat hoc argumentum: Pœnitentia locũm habet re integrâ. Dato verò quodã ut aliud detur res integra non est. E. Respondetur ad majorem oegando; nam pœnitentia in contractibus regulariter non habet locum, *l. sicut. C. de oblig. & act.* Sed excipiuntur quidam nominati & innominati. In nominatis ei locus est utriusque consensu ad dissolvendum interveniente, *arg. t. t. de resc. vend.* aliquando etiam ob dissensum unius, ut societate, *§. 4. de societ. l. 4. § 1. eod.* mandato, *§. 9. l. mand.* deposito, *l. 1. § pen. depos.* In innominatis pœnitere potest qui dedit, si ipsum vel pœniteat, vel alter sit in mora, *sæpe d. l. 3. § 2. de condict. caus. dat.* quod tamen verum in illis qui obligationem dandi habent, non illis, qui facti obligationem continent, *de quib. infr. a.* Resp. ad minorem, hoc casu ei qui dedit, res integra est, quia alterum sibi obligavit, ipsemet verò nihil recepit. Cæterum jure naturali quoque alia de hoc disputatio moveri potest. Fas enim quidem dant dissolvere contractum, datumque repetere, ubi is qui nondum implevit est in mora, aut animo deliberato debiti non implendi. Ubi autem accipiens extra culpam est, res secus se habet. Nam (1) ex eo negotio quod Romanis est contr. innominatus, jure nat. oritur obligatio ab utraque parte etiam antequam quicquam impleatur, uterque enim consenount ad invicem dandum vel faciendum. E. & unusquisque tenetur hoc servare, dum alius non tenuit vel est in mora implendi. (2) Ubi qui dedit agit ad repetendum, is qui non implevit, paratus tamen est ad implendum, potest hic excipere de naturali obligatione, quaque illud quod datum est, possit retinere. (3) Prædictum negotium ubi res non intervenit, pactum nudum est, ex quo obligatio & actio jure nat. & canonico: ideoque pœnitentia excluditur, juxta observ. *ad t. de pact. n. 9. ad v. jure Pontificio.* (4). Exinde etiam obligatio est, libertate pœnitendi remotâ, ubi stipulatio intercessit vel juramentum, *arg. l. 3. l. 4. C. de rei. perm. junct. c. quamvis de pact. in 6. c. cum contingat. de jurejur.* Bereng. Fernand. in *d. l. rubr. differ. int. nom. & innom. contr.* Padilla in *l. 5. §. & si h. t. n. 20.* Quid si itaque & fit ex pacto nudo? Stipulatio enim, pactum nudum & juramentum, nat. jure & can. quoad vim obligandi æquipollent. Ex quibus omnibus Molina *tr. 2. d. 258. n. 9.* concludit, *abrogandas esse illas leges civiles quæ in contr. innominatis pœnitentiam admittunt; conceduntque repetitionem ejus quod ex altera parte ritè solutum est; quod peccata foveant; litesque multiplicent, non minuant*: addens, *omnia etiam quæ de pacto nudo & vestito, & contr. innominatis & nominatis subtiliter potiùs quàm utiliter de jure civili ab Ethnicis hominibus inventa atque introducta sunt aboleri debere.* Et tamen hæc tanti non sunt. Jure nat. ex nudo pacto obligatio est, sed lex civilis ob litium multiplicationem evitandam causasque alias quandoque non admittit, ipsomet Molina fatente *d. 257. n. 1.* ut & in aliis sæpe obtinet; haud injustè; vid. Observ. *de pact. n. 9. ad v. ex pacto & t. de l. & l. n. 15. ad v. effectus.* quando vis coactrix subtrahitur conventionibus, & datur pœnitendi libertas, id est impunitas, (*quadam tolerantia, permissione*, sec.

Respondetur Metillio dissentienti.

Propter do ut des, datur duplex actio.

1. Præsc. verb ex ipso contractu.

2. Condictio caus. dat. ex q. contractu

Ob pœnitentiam dantis vel moram accipientis.

Examinatur hoc ex jur. nat. & sententia Molinæ.

Molinæ sententia.

Respondetur latè ad arg. Molinæ.

prin-

principia à natura legum deducta, *l. 7. verb. permittere de legib.*) ita ut illæ stent solâ contrahentium fide, juxta Gronum *d. l. 2. c. 11. §. 3.* Unde Joh. à Salas *de camb. dub. 1. sub f. Rectius tamen dices, ait, prædicta jura non negare obligationem naturalem, pro foro conscientiæ, ex contractibus innominatis suapte natura resultare: sed tantùm velle non debere contrahentes cogi in foro externo, nec unum, (puta qui non implevit) in eo foro posse agere adversus alterum pro impletione contractus innominati, ne patentius litibus ostium aperiatur.* Innominatis realibus, mutuo, deposito, &c. ita constitutum fuit Romanis, ut non nisi rei datione perficiantur, ex pacto verò de mutuando, deponendo, &c. nulla sit obligatio, quidni itaque idem obtineat in pacto de permutando, faciendo ut detur vel fiat, & sic deinceps? Ex quo dicitur ex jur. nat. compensationem esse & exceptionem, *verum est ubi obligatio simplex, h. e. non cum relatione similis obligationis ex parte alterius: hic autem qui dedit, similiter erat naturaliter obligatus tum ad dandum, tum etiam ad non repetendum postquam dedit. Quoniam itaque ex parte dantis nulla erat civilis obligatio, comparatione ejus qui accepit & non implevit; atque eo ipso quod is qui dedit pœnitet, extinguitur obligatio ex parte alterius qui non impleverat, noluit jus civile ex mutua obligatione naturali utrinque remanente, si per pœnitentem non staret, concedere compensationem & exceptionem,* verba sunt ejusdem Mol. *d. d. 258. n. 5.* Neque enim ista juris naturalis sunt præceptivi, sed suasorii, ut vocant; quia etsi τὸ obligatio ex negotio naturali rationi sit conveniens, ipse tamen obligandi modus majestati civili relinquendus est, pro utilitate Reip. per discursum & habitâ deliberatione determinandus. *arg. l. 31. pr. depos.* Nec statim peccatum involvit, si id quod simplicissimum est non sequamur, quemadmodum in speciebus singulorum contractuum facilè licet animadvertere, ipsi Molinæ non improbatu. Quin hinc est, quod aliquando pœnitentiæ sit locus & in contr. nominatis. Leges latæ, si observentur, ut fas est, lites non augent sed minuunt; cum quid faciendum vel non pro certo determinent; atque exemplo perniciosum est id, quod longâ deliberatione habitâ perpensisque omnibus satis diuque constitutum in Rep. est, aut vago & incerto judicantium arbitrio submittere, aut planè abrogare, juxta Arist. *1. Rhet. c. 1. 2. Pol. 9. v. videtur a. & c. 10. in fin.* Obs. *supr. ad tit. de pact. n. 7. adv. non strict. jur. in f.* & Rutger. Ruland. in eleg. consil. und Erledigung einer schweren und in assecurationsachen vorgestelter Frage/ post plures ibidem citatos. Cæterùm & illud hic quæri solet, anne quando primus implevit, alter qui accepit itidem pœnitere possit? Rectè id negat Berengar. *d. l. pag.* (*mihi*) 178. quia astrictus est propter synnallagma, & interpositum expressum consensum ad implendum. Porrò quomodo propter moram locus sit pœnitentiæ, dictum est, *ad tit. de cond. caus. dat. n. 2.* Denique ad permutationem in specie sic dictam seu do ut des communiter referri solet Cambium. Ubi verò notabis, illud latissimè esse idem eum permutatione in genere, à cambio, quod est permuto, *§. si quis 2. f. 22. c. si autem §. 1. 1. f. 4. c. 6. de except. c. un. v. pro decima. de decim. in extrav. comm.* Specialiter verò dicitur pecuniæ cum pecunia simplex permutatio, quod hujus loci. Originem à Gothis vel Longobardis habet ex fertilissimo illo seculo XII. Christianu, veteribus ignoratum. Contractus autem nominatus non est, ut post Petr. Gregor. *de usur. 2. c. . n. 6.* & Salon. *de camb. q. 2.* censet novissimè Raphael de Turri absolutissimo alioqui tractatu *de camb. disp. 1. q. 10. n. 18. cum seqq.* propter nomen cambii quod habet. Hoc enim non proprium & speciale est, sed vulgare, generale & commune, exemplo permutationis. Stat namque in nuda appellatione conventionis cambiendi, h. e. dandi pecuniam pro pecunia, non determinatum ad certum dandi modum, *arg. l. 7. §. 2. de pact.* Observ. *supr. tit. de pact. n. 2.* Proinde nec rectè empt. venditio dicitur Cajetano *de camb. c. 6. & 7.* quod hic nulla pecuniæ pro merce datio, sed pro pecunia alia, quæ ut talis emi nequit; & perficitur cambium rei interventu, empt. venditio consensu nudo, *arg. l. 1. pr. §. & seqq. de rer. perm.* Exindeque nec Locatio est; & quia hic non datur pecunia ut merces pro rei usu: multò minus opera dandi pecuniam locatur, sed dando pecuniæ dominium hinc inde transfertur. Differt à Deposito, quod hic nil detur causâ custodiæ, sed translato statim pecuniæ dominio, res non numero sed genere eadem reddatur. A mutuo discriminat tum materiâ, quæ hic sola pecunia, ibi & res alia fungibilis; tum verò datio ipsa in mutuo determinata ad rem generis atque ad obligationem ad tantundem, reddendum, hic autem simplex & vulgaris, pecuniæ sc. pro pecunia, Medino & aliis frustra dissentientibus. Dividitur Cambium præcipuè in *minutum s. manuale, & locale seu per literas.* Illud est in quo monetæ majores pro minoribus aut vice versa, eodem loco de manu ad manum reddendæ commutari solent. Hoc quando permutatur pecunia præsens cum absente: & fit dupliciter; vel ut campsarius (h. e. qui pecunia in alio loco indiget) det v. c. Brunsvigæ alicui exponat pecuniam, recipiendam Romæ, vel campsor (h. e. à quo petitur cambium, quique operam & industriam suam adhibet) pecuniam prius solvat Romæ per suum factorem seu mandatarium. Perinde enim est sive campsor prius accipiat pecuniam sive prius tradat. Perficitur ideoque semper actuali pecuniæ datione, qua de alios videat, qui volet, Dom. Soto *l. 6. q. 6. art. 1. & mult. seqq.* Covarr. *tom. 1. de vet. numism. collet. c. 7. n. 4.* Less. *de I. & I. c. 23. d. 2.* Molin. *t. 2. tr. 2. d. 398. & seqq.* Sigil. Scacc. *de commerc. & camb. §. 1. q. 1. & seqq. n. §. 2. gl. 5. n. 322. cum seqq.* Camill. Borell. *in summ. decis. p. 2. t. 23.* Joh. de Lugo *d. d. 28.* Christ. Besold. *th. pr. v.* Wechsel Dn. Carpz. *l. 2. resp. 92. & in jurispr. for. p. 2. c. 2. 26. d. 13. c. 30. d. 16.* Cæterum illi quod scripsimus, in cambio statim dominium transferri, contrariari videtur, quod Bart. *in l. si servus. §. locavi. de furt. & l. 2. C. de rer. perm.* negat transferri in cambio dominium alter, quàm si & alter contrahentium vicissim dederit; quodque sic pœnitere liceat, donec ex utraque parte contractus impleatur. Verum alii communiter, transferri dominium affirmant, quos affert & sequitur Molina *de I. & I. d. 396. n. 8.* per regulam generalem: traditione dominium transferri, *§. 41. I. de rer. div.* quæ, solâ exceptâ rei venditæ traditione, perpetua est, *§. 42. eod.* Hincque & in cambio non licet pœnitere v. c. campsor qui accipit pecuniam in alio loco reddendam, non potest recedere à contractu, pecuniam reddendo, quandiu alibi reddita non est, quæ natura contractuum innominatorum, *d. l. 2. C. de rer. perm.* ut supra latiùs probavimus. In cambio idem quoque consuetudine receptum esse, ut qui pecunias ad cambium accipit, eas non tanquâ alienas teneat, (quousq; alibi reddantur, & contractus demum utrinq; impleatur) sed eas tanquam suas statim habeat, & distrahere possit; non secus ac si per mutuum illas accepisset, testis est Sigism. Scacc. *de camb. §. 2. gl. 5. n. 527.* Salas *de camb. dubit. 1 n. 4.* Indeque quod propter synnallagma, quod acceptione pecuniæ intervenit, capientem pœnitere non liceat, communem esse sententiam iterum docet Scacc. *d. l.* Quamvis non esse licitum contrahenti à cambio resilire, saltim foro conscientiæ, arbitretur post Salam *d. dub. n. 5.* Joh. de Lugo *d. 1. & 1. d. 28. sect. 1. n. 3. in f.* Illud notatu dignum est, quod hic ad rei consum-

matio-

Marginal notes:

An qui accepit, possit pœnitere.

Cambiũ est spec. permutationis.

Non est contr. nominatus.

Nõ empt. vend.

Non locatio.

Nec Depositum.

Nec mutuum.

Divisio in manuale & locale.

In cambio utrinque contrahẽns traditio ad perfectionem non requiritur.

Campsor non potest pœnitere ubi pecuniam accepit.

Quod & consuetudine obtinet.

Quatuor homines ad cambii implementum requiruntur.

mationem quatuor homines requirantur, ita tamen ut unus plurimum vicem sustineat, duo in loco contractus, duo in loco destinatæ solutionis. Primus Remittens est, qui in loco contractus habet pecuniam quam dat cambio ut eam alio in loco recipiat, der einem Kauffmann Geld auff Wexel gibt/ v. c. zu Braunschweig/damit ers zu Venedig wider empfange. Unde is qui primò exponit pecuniam illi, cui etiam solvi mandat, quique ipsius nomine exigit, *remittere* dicitur seu *remissam facere*. Et *remissa* denotat illam pecuniæ quantitatem, cujus exactio mandatur. *vid. Sigism. Scacc. de camb. §. 3. gl. 1 Raphael de Turri de camb. disp. 1 q. 1. n. 35. & 36.* Idem Remittens etiam Campsor vocatur Bonacinæ *de contr. disp. 3. q. 5. n. 5.* Gatt, *de credit. c. 2. 6. 7. n.* 1206. atq; respectu tractantis, de quo mox, semper est creditor, *arg. l. 42. §. 1 de O. & A. l. 10. 11. 12. 55. de V. S.*

2. Remittens.

Secundò hic occurrit *Tractans*, & est is qui in loco contractus pecunia indiget, eamque accipit à remittente, ut alio in loco eidem restituat, der Kauffmann so in Braunschweig das Geld auffnimmt / es zu Venedig wider liefern zu lassen: Inde *trahere* est ex suscepta obligatione alio in loco solvere: & Campsarius in alio loco solvens æquivalentem pecuniam, dicitur trahere vel *tractam facere*: is autem qui solvere debet pecuniam mandato decoronis Cambii, *trahi* dicitur, vel *tracta fieri*. Estque *tracta* illa pecuniæ summa, quæ solvi per alium mandatur, *Scacc. de camb. §. 3. gl. 1. & §. 4. gl. un. de Turri d. d. 1. q. 1 n. 57. 58.* Tractans vocatur quoque campsarius s. campsuarius Bonacinæ *d. tr. d. 3 q. 5. n. 1.* semperque debitor est remittentis, quatenus præcisè obligatur ex illo contractu, & quatenus pro valuta ipsi satisfactum est, *Turri d. tr. d. 2. q. 2. n. 2 & q. 6. n. 2.*

2. Tractans.

Quomodo hi duo differant à duob. seqq.

Atque hæ duæ personæ in loco contractus, dicuntur aliquid facere, solvens quidem remissam de pecunia exigenda, accipiens verò tractam de eadem solvenda, in loco solutionis. Tertiò alius est ille ad quem in loco destinatæ solutionis dirigitur remissa, & vocatur *Præsentans seu præsentator*, sic dictus a munere, quod literas cambii præsentare debeat ut acceptentur, auff welchen der Wexelbrieff gerichtet und der ihn zu Venedig fürzeiget. Et quartò denique alius existit ad quem tracta dirigitur, qui *Acceptans seu acceptator* commodè appellari potest, utporè cum literæ cambii acceptandæ ipsi a tractante mandari soleant, welcher den Wexelbrieff in loco destinatæ solutionis soll annehmen/ und das Geld außzahlen. Atque hæ duæ personæ (præsentans & acceptans) sunt illæ quibus, ut supra dictum, fit remissa vel tracta. Neq; tamen necesse est ut illæ præcisè sint procuratores: possunt enim esse remittentium vel tractantium respectivè vel creditores (puta præsentantes) vel debentes (acceptantes:) imò omninò diversæ personæ, *de Turri d. d. 1. q. 2. n. 19.*

3. Præsentans.

4. Acceptans.

Quomodo hi duo differant à prioribus duobus.

Cambium tale ex duobus negotiis conficitur.

Patet adeoque in hoc contractu duo ferè negotia concurrere, contractum innominatum, do ut des, & nominatū, contractum mandati. Ille celebratur inter remittentem, qui pecuniam cambio dat ut in alio loco reddatur: & trahentem, qui accipit ut in alio loco restituat. Hoc contrahitur inter trahentē & præsentantem atq; acceptantem; hisce enim mandatur, alteri ut exhibeat cambii literas illudq; exigat, alteri ut acceptet & solvat. Idque non alio modo quàm reali & actuali pecuniæ conventæ ejusdem generis repræsentatione, *arg. l. 7. §. 1. l. 3. de reb. cred. l. 99. de solut. l. 16. C. eod.* Nisi lex aliter disponat, quemadmodum Genuæ factum, testis est de Turri, *d. 1. q. 2. n. 16.*

Non tamen est; facio ut des, neque facio ut facias.

Licet verò videatur hic contractus incidere in contr. innominatum, facio ut des, vel facio ut facias, quatenus campsores lucrum inde capiunt, ut præmium transscriptionis: quæ sententia quoque D. Carpzovii esse videtur *p. 2. c. 26 d. 13. n. 8.* Pro quo etiam facere videtur, quod remissio sit factum, nec non præsentatio & acceptatio in loco destinatæ solutionis. Nihilominus tamen & remittens dat cambio: & trahens accipit, ut acceptum alio loco restituat. Hocq; substantiale heic est, in quo & finis ultimus contrahentium consistit. Unde Benevut Stracha *de mercat. p. 1. n.* 67. cambium, ait, inter mercatores exercetur, quando quis pecuniam acceptam per aliquam intermediam personam in alio loco restituit, & sic q. permutat, adeoque campsare idem ferè est quod permutare. Confer præter citatos in observ. *N 2 ad in f.* M à Felde Batavum *tractatu de cambiis*, quem inscripsit *Fondament vande Wesselhandeling*, editum Amstelodami anno 1629. post Gio Giocomo Lando Genuensem *in Arithmetica Mercantili*, qui Italicè denuò prodiit anno 1641.

N. IV. *At cum do*) Secunda contr. anonymi species est do ut facias, cujus exemplum ex Eustathio *ad Iliad.* 10. refert Grot. *de i. b. & p. c. 12. n. 4.* contractum Argyrippi cum Clearæta, in Agrippinatia. Affinitatem verò habet cum locatione conductione, indeque explicari solet, *l. 5 § 2. l. 22 h. t. l. 6 de resc. vend.* Et quidem si data sit species, nihil refert quale factum alter promiserit. Datâ verò pecuniâ, distingui debet, sit ne promissum factū locari solitum, an verò non: & priori casu locatio conductio est: posteriori, innominatus contractus, do ut facias, *d l. 5 §. 2. h. t.* Quænam verò sint facta locari solita, quæ non, Bachovius *ad Tr. 1 d. 29. th. 5. G.* ex ipsa facti qualitate æstimandum censet. Vid. Observ. *ad t. mand. n. 12. & t. loc. cond. n. 5. v. præcipuè. n. 2.* ubi eum secuti sumus. Plerique verò, quos sequitur Bereng. Fernand. *ad l. pacta conventa de contr. empt. rubr. summa ad subdivis. membr. n 6.* Oldend. 4. *class.* 40. dicunt id certo jure definitum non esse, ideoque judicandum secundum morem regionis, qualitatemque promittentis, aut consuetudinem fori.

Do ut facias.

Quale factum hic indigatur.

Ad facta locari non solita referri solet manumissio, emancipatio. De manumissione est factum controversum & antinomia apparens in *l. 7. §. 2. de pact. & l. 5. §. 2. h. t.* ad quam respondimus *supr. 3 de pact. n. 9. ad vers. non redditus.* Modò addimus, non placere ad *d. l. 5 §. 2. h.* responsionem Merillii *1. obs. c. 15. sc.* ibi propterea dari actionem de dolo, quod non subsit negotium accedens ad contractū innominatum. Rectè enim reponitur, quod subsit facio ut des: quale negotium assimile locationi *d. l. 5. §. 2. h.* indeque descendens actio in factum propterea dicitur proxima locationi in *l. 5. §. 12. comm.* Illud hic observari meretur, quod ad do ut facias referri debeant duo notabiles contractus, Suffragium & Assecuratio.

Pertinet huc contractus suffragii.

Suffragium Accursio cæterisque veteribus in *l. un. C. de suffrag.* haud rectè dicitur honorarium datum Advocatis, multò minus hic significat votum, quo de Dn. Carpz. *decis.* 5. sed denotat inprimis beneficii impetrationem. Hinc contractus suffragii est, *conventio qua quis dat aliquid amico ut negotium aliquod Principi commendet.* Contractum talem dari, indicat *l. un. §. 1.* Perficitur verò initio ut plurimùm *datione*, & vel rei mobilis, cujus dominium transfertur in suffragatorem solâ traditione: vel rei immobilis, (prædii sc. rustici aut urbani, præter traditionem etiam scripturâ interveniente, *d. §. 1. & 2.* ob majorem erga res illas affectionem. Atq; hactenus huc pertinet. Aliquando autem prius beneficium impetratur, & tunc est facio ut des.

Quomodo perficiatur.

Utrobique verò ad implendum locus est actioni præscriptis verbis: ubi autem datum initio, cessante impetratione, competit cond. caus. dat. caus. non sec. ad repetendum: Attamen & stipulatio hic intercedere potest, *d. l. un pr. h.* quod assertioni nostræ haud officit, quando stipulatio communis est contractuum, etiam innominatorum, firmandorum modus, *arg. l. 3. C. de rer. perm.* Non itaque hinc est condictio certi ex suffragio (ceu ex mutuo) quæ nascatur non tantum ex numeratione, sed etiam ex stipulatione certa, ut putat Perezius *eod. l. n 2.* nulla enim ejus condictionis ibi fit mentio. Multò minus exinde, juxta Accursium, ex nudo pacto suffragii competit condictio ex lege. Neque etiam, ut volunt alii actio de dolo. Confer de hoc contractu Dn. Taborem *ad l. un. C. d. suffrag.*

Et Assecurationis.

Assecuratio hic significat *conventionem avertendi periculi, seu quâ quis præmio sibi dato suscipit periculum rerum alio transvehendarum.* Etsi enim suscipi gratis queat, ubi similis est q. gratuitæ donationi, communiter tamen fit pro præmio aliquo, & connumeratur inter contractus onerosos. Societati civili valdè *utilis* est, quod mercatores ita audeant merces suas ex uno loco ad alium transportare majori cum securitate; quin & *justa*, tum ex conditionibus ipsi cum contractibus aliis, præcipuè innominatis, communibus, tum verò (1) quod *præmium sit æquale periculo* quod suscipitur tempore contractus, juxta communem æstimationem. (2 semper fit *de damno sub ratione incerti*, h. e. de dubio eventu apud utrumq; contrahentem l. de rebus dubiis & periculo subjectis. Si enim assecurans sciat merces jam salvas pervenisse, licet ab aliis ignoretur: vel qui assecurationem petit, sciat rem periisse, aut ita cum ea comparatum ut certò sit peritura, ille præmium sibi pro assecuratione pacisci nequit, nec hic securitatem exigere.

Qui utilis Reip. & justus.

Neq; verò hæc conventio emptio venditio est, q. emat dominus mercium præmio, seu pretio certo, periculum incertum, quod vendit alter, ut venditur jactus retis s. jus ad pisces qui retis jactu capi possunt, *arg. l. 8. §. 1. de contr. empt.* ut loquuntur Molina *d. 507. pr.* Filliuc *tr. 37 c. 1 n. 2.* de Lugo *d. 31. sect. . n. 1.* Non locatio cond. ut alii, *arg. l. 31 locat. cond.* quasi alter operam suam locet merces salvas faciendo, alter pro eo solvat mercedem. Non stipulatio vel sponsio, ut Petrus Santerna *de spons. p. 3. n. 9.* Alb. Leon. *cons.* 22. quod fiat per stipulationem, *arg. l. 26. C. de usur. l. 3. de aleat. l. 6. de naut. fœn.* Neque fidejussio, quasi suscipiens periculum fidejubeat de damno incerto, ejusque præstanda æstimatione, quæ opinio Joh. Azorii *Inst. moral p. 3 l. 12 c. 18. d. 2.* Heringii *de fidej. c. 10. n. f.* Semper enim vel *datione præmii* suscipiendi periculi causâ, vel *facto*, h. e. ipsius periculi susceptione, ut præmium detur, hic contractus perficitur. Prius fit frequentius, ut sibi eò meliùs prospiciant illi qui de damno cavent, & tunc hæc conventio refertur ad do ut facias: altero casu est facio ut des, Bart. *in l. 39. de jurejur.* Sylvest. *summ. v. negotium q. 5.* Pro quo facio ut des eam habet quoque Dn. Locc. *de jur. marit. l. 2. c. 5. n. 3.* ejusque naturam optimè exponit. Emptio venditio prædicta ad sui perfectionem rei interventu non requirit, neq; locatio cond. neq; fidejussio, in qua nec fidejussori præmium conceditur; stipulatio verò etiam innom. contr. firmandis accedere potest, ut supra diximus. Conf. de hac materia præter supra laudatos, Rutger. Rulant. cons. und Erledigung einer schweren in assecuration-sachen vorgestelter Frag. Grot. *de j. b. & p. l. 2. c. 12. §. 13.* Petr. Santerna *de assecuratione* Less. *c. 28 d. 4.* Cæterum obtinet hic contractus maximè in mercibus maritimis transvehendis, propter frequens & ingens

Ejusadalia negotia extensio. geat periculum. Alioqui pluribus fit modis. 1. propter res per mare transferendas. 2. ob pecuniam vel res alias certa, de loco ad locum 3. ob liberum transitum per loca infesta. 4. ob vitam, v. c. si Cajus vixerit 30. annos, dabit ipse Titius C. sin minus, totidem dabit Titio Cajus, qualis conventio non est illicita ex natura rei, seu injusta, quod contrahentes ex æquo se exponant periculo, damno & lucro: neque Reip. planè inutilis. Vid. Azor. *d. l. c.* 18. *dub.* 6 & 8. Adde 5. quod ut merces assecurari possint, ita & lucrum in nundinis, v. c. largire mihi C. & ego securum te facio quod in his nundinis in quibus es, aut ad quas proficisceris, CCC. lucraberis: sin minus lucreris, quod adhuc deerit solvam, post Sotum docente Molina *d. d.* 507. n. 11. Add. D. Brunnemann. *in nuper publicatis repetit. paratit. l. Wesenbecii p.* 58: *pr.*

Facio ut des. N. V *Quia nulla subest obligatio*) III. facio ut des, assimilis est contractus mandato & locationi operarum, *l.* 25. *h.* §. 1. *l. de loc. cond.* Sed Q. utrum & ex hoc oriatur actio præscrip. verbis? Affirmo, ( ) per *l.* 7. §. 2 *de pact. l.* 15 *l.* 22 *h t. l.* 5. § 2 *v si dedi tibi cod.*

Unde etiã actio præscript. verb (2) ex negotio civili oritur actio præscrip. verb. *d l.* 7. §. *de pact.* At factum est negotium civile, quod constat tum ex *l.* 15. *h. t.* tum ex eo quod in facio ut facias ex facto ejusmodi actio oriatur. *l.* 5. §. 4. *h* vid. Donell *tr. de præsc. verb. c.* 13. Dill. de Padill. *in d l.* 5. §. 3. *h* Fernand. *d l.* 7 *pacta de contr. emp. rubr summa ad subdiv.* n. 10 Wesenb. *h.* cui adstipulatur Bach *ad Tr* & ad auctor: *h l.*

Respondetur dissentientibus. Moventur autem 1, quod, facio ut des, non sit simile cuipiam civili contractui. Respondetur, cum mandato & locatione affinitatem habet, *d. l.* 25 *h.* immò & cum societate, *l.* 13. §. 1. *eod.* 2. Officere videtur quod factum tale posset esse, unde nulla redondet ad alium utilitas, ut in facto manumissionis in *l.* 7. §. 2 *de pact.* unde absonum foret quem obligari Resp. *ll.* illæ non distinguunt inter factum sive conferat utilitatem sive non; quia valet contractus non solum ex facto, sed & ex concurrente conventione: ideoque sibi imputet qui convenit ita, & voluit ex facto se obligarum, *arg. l* 7. §. 2 *de pact l* 15. *h t.* 3. Contrariari videtur *l.* 4. *l sub prætextu C. de transact* Resp. eo casu quidem competit actio de dolo, extra ordinaria & subsidiaria, sed quod erat ordinaria extincta per acceptilationem, & quia partis alterius dolus expressè arguebatur. 4. Obloqui censetur *l.* 5. §. 3. *h.* ubi nulla civilis datur actio. E. nec præsc. verb. Resp. textum & rationem reclamare, ideoque verba generalia non extendenda sunt, sed restringenda; tum quod doli actio detur, quando præscriptis verb. ordinaria deficit: tum quod per civilem actionem hic intelligatur condict. caus. dat. utpote quã de §§. *praced.* ibidem actum erat. Donell *ad t. de præscr verb. c* 10. Datur ergo de dolo, quando alia non adest. *Conf. not. f. ad t de pact. n.* 9. *verb. nisi locupletior sub f* Et admodum placet, quod nuper vidi de hoc

Laudatus Lauterbachius. optimi JCti Dn Lauterbachii *de contr. innom.* §. 4 *th* 12. optimum judicium: Quamvis hæc responsio, inquientis, non placeat Frantzkio *comm. de P. V.* n 42. *& seqq.* Bachovio *ad tr.* 1. *disp.* 30. *th.* 11. Vinnio *t. sel q.* 46. unde ipsi distinguunt inter facta ex quibus aliquid ad dantem pervenit, & ex quibus nihil intervenit, vid. Frantzk. *d. l.* Bachov. *d l.* D. Tabor. *part. Elem p.* 3 *sect.* 4 *th.* 16 *in fin* Vinn *d l. q.* 46. affirmativa tamen communiter est recepta, (ideoque, quod nunc addo, in praxi obtinet) etiam jure Wittembergico approbata. Hæc bene Lauterbachius quæ enim, ut mordicus inhæreamus sententiæ in praxi non receptæ sit utilitas?

Facio ut facias. N. VI. *Cum propter æqualitatem*) IV. facio ut facias similitudinem habet, cum mandato, *l.* 5. §. 4. *h. t.* & non minus actionem præscriptis verbis operatur, quam cæteri, cujus tamen ratio non est, ceu Auct scotit, æqualitas, quod hic utrimque subsit factum. 1. quia alias ex do ut facias non competeret ejus-

Exinde etiã actio præsc. verb. modi actio, contra *l.* 5 §. 2. *h. t.* 2. ex facio ut des eadem competit. Ideoque hoc ex negotio civili, & concurrente conventione seu consensu contrahentium est æstimandum, *arg. l.* 15 *h. t.* Verum illud Q. an etiam hujus contractus nomine competat con-

Sed non cond. caus. dat. dictio caus dat. c. non sec. Quod regulariter negatur, quando initium sumit hic contractus per factum: facta autem condici nequeunt, quod non possint pro infectis haberi, *arg. l.* 2. §. 5. *de capt. & postl.* Nec nisi vi illius factum sit in adversarium aliquid collatum, *l.* 9 *h junct. l.* 2. *de calumn.* tunc enim aliquid datum videtur, *arg. l.* 12 *de novat.* ejusque nomine competit condictio, *l.* 4. *de cond. caus dat.* Addesis Dn. Arnold. Vinnium post hæc scripta visum mihi, hancque de actione præscriptis verbis danda quæstionem in innomin. contractibus subtilius examinantem, *select. jur. quæst. l.* 1. *c.* 46 *& not f. ad d tit. de pact. n.* 9.

Act. præsc anomala. N VII. *Cujusmodi*) Diximus *supr ad tit. d. æstim. act.* quod actio præscriptis verbis regulariter oriatur ex innominato contractu, ἀνωμάλως s. extra ordinem verò ex negotiis aliis quibus de dubitatur, quæ eorum nomine competat actio. Quod itaque dicitur in pr. hujus num. accipiendum est de actione præscr. verb. irregulari seu anomalâ.

Actio præsc. verb. non concurrit cum alia nominata contra Wes. N. VIII. *Actio in factum prætoria*) Intelligenda hic est actio subsidiaria, quæ suos iterum gradus habet, ut notavimus de ambiguitate vocabuli *ad pr. h. t* Alterum quo de h. n. agitur, elegantis quæstionis est, *an scil. possit cum actione empt vend. aut cum alia nominata concurrere actio præscript verb.* Quod negatur, quia præscript. verb. actioni non est locus, nisi ubi deficit ordinaria, *l.* 2 *&* 21. *h. t.* At prædicto casu non deficit ordinaria.

Solvuntur contraria. E. Dissentit Wes. *h.* & novissimè Merillus 2. *Var. ex Cujac.* 6. per *l* 50 *de contr empt l.* 23. *comm divid l* 6. *de resc vend.* Verum enimverò *in d l.* 50. agitur de conditionali emptione quæ existente conditione, pro pura habetur, ut rectè competat actio ex vendito, ex verbis legis ultimis, detrahis In *d l.* 23. particula *aut. in f.* correctionem denotat. Ad *l.* 6. *de resc. vend.* verò responsio est, fuisse dissensionem inter JCtos, ex pacto adjecto contractui b. f. quæ detur actio. Sabiniani militabant pro actione ex vendito, *l.* 2. §. *Sabinus.* 5. *& sine diem pro empt.* ut & Javolenus ex ead. Scholâ *l fundi de contr. empt et. Imbanut. l.* 11 §. 3. *de act. empt.* Proculiani contra dabant actionem præscriptis verbis, *l.* 12. *de præsc. verb* Et hæc dissensio JCtorum refertur in opposita *l* 6. *de resc. vend.* Sed postmodum hæc lis sopita est per Impp. Antoninum & Severum in *l.* 4 *de l. commiss* & constitutum competere debere ex vendito. Verum adhuc contrariari videtur, *l.* 2. *C de pact. int. empt. & vend.* ad quam dicit Merillus, voluisse Impp. utriusque scholæ sententiam conjungere. Sed eadem lex est Severi quæ referenda ad *l.* 4. *de lег commiss.* ita ut particula *vel in d. l.* 2. sit correctoria Denique officere videtur, quod detur actio præscr. verb. cum certa & ordinaria actio ex contractu competit, *l* 17. *l.* 18. *l.* 20. §. 1. *h. t.* Respondetur (1) ἀνωμάλως quidem & aliquando dari actionem præscriptis verbis, sed tum non concurrere, *l.* 2 *de æstim act.* (2) Datur tunc ex contractu quo de dubitatur: at hic de pactis adjectis agitur, quæ contractus non sunt, verissimum tamen est quod informent contractum, deq; ejus natura participent, & sint pars conventionis cui adjiciuntur. Ideoq; hic nunquam agitur de negotio dubio, sed de certo semper contractu.

Hodie h. t. quoque est utilitas Cæterum quin & hodie hujus tituli atque materiæ sua sit utilitas, nisi Suffenus, nequam dubitaverit. Mirari ergo licet, quod post alios Grœnevvegenius hic asserit, Gallorum Belgarumque moribus eum esse *supervacaneum & inutilem, quod hodie actionum nominibus non utamur.* Nam (1) contractus, ex quibus est actio h t. dicuntur innominati non q. nomen ipsis planè nullum sit quo appellari possint: sed quod habeant aliquod vulgare & non specificum, certâ contrahendi formâ carens, *l.* 7. §. 1. *de pact.* (2) aliud est contractum esse innominatum, aliud nomen actionis hodie non esse exprimendum. (3) Si contractus vel actio innominata dicenda, quod nomen haud fuerit significandum, nulla omnino innominata erit. (4) Sique propterea est inutilis, utique nulla in universum valebit, quod utrumque dictu absurdum fuerit, quia in nulla exprimere nomen hodie opus esse, ipsemet *ad pr. de action.* Grœnevvegenius adnotavit. (5) Ipse Belga Hugo Grotius hujusmodi contractus valde probat, ex quo Cambium & Assecuratio ortum habeant, toto nunc orbe frequentes, *l.* 2. *de i b. & p. c.* 12. n. 3. Quis etiam (6) do ut des h. e. permutationem populis istis negare ausit? Junguntur Paul. Christinæ. *dec. Belg. vol.* 2. *l. de reb cred. dec.* 201. 203. Statuta Mechliniensium *tit.* 11 *art.* 20. & idem in not. n. 4. *& seqq* Dn. Wissenbach. *ff. & C. ad h. t.* Ipsa quoque experientia contrarium testatur. Neque ignotum, quod sic satis temerè inculpent, & abrogatæ autoritatis arguant leges Romanorum nullo nixi fundamento Mornacius, & Antumnus, quos Grœnevvegenius imprudens secutus videtur. Quod etiam jure alicubi Dn. Tabor conqueritur. Quâ ratione etiam factum, quod deinceps Autumnum *in Conferent. du droict. Franc. h.* ajentem ejus tit. ultimam partem (scil. de præscriptis verbis) inolevisse, ipse Grœnevvegenius improbavit, *quod ego*, inquiens, *de moribus nostris affirmare non ausim*, sibi parum constans & immemor eorum quæ ante scripserat.

* * *

* *

F I N I S.

INDEX

INDEX RERUM
ET VERBORUM,
PARTIS PRIMAE OBSERVATORUM,
in quo p. paginam, n. numerum ejusdem paginæ denotat.

A.

Absens.

Quomodo & quibus de causis Absentes in integrum restituantur, vid. *Restitutio in integrum.*

Absens cum præsente pecuniam permutans, cambium contrahit locale. Pag. 434.

In negotiorum gestione non præcisè requiritur ut absens sit cujus negotia geruntur. p. 198

Acetum.

An sit frigidum & siccum disquiritur. p. 399

Acta.

Ad acta, apud acta, inter acta, actis intervenientibus, idem est quod coram Magistratu in loco publico. p. 78. n. 5.

Actorum usus apud Romanos. ibid.

Definitio & variæ Actorum species. p. 129 & seq. n. 10.

Quomodo, cui, & a quo edenda acta. vid. *Editio Actionis.*

Accrescendi Jus.

Causæ Juris accrescendi duæ efficientes, dispositio legis & voluntas testatoris. p. 266 n. 3.

Ex voluntate Testatoris dependens dicitur conjunctio hominis, eaque triplex est, realis verbalis & mixta. ibid.

In re [illegible] u[illegible] is etiam obtinet jus accrescendi, quod ab aliis male nominatum jus non decrescendi. ibid. n. 4.

In [illegible] tan um conjunctis quoque viget jus accrescendi. ibid.

In legato usufructus locus est huic Jur. accresc. etiam portione acquisita. p. 266

Vendita hæreditate an & jus accrescendi, quod habet venditor, ad emptorem transeat. p. 449. n. 4.

Actio.

A[illegible] consideratio duplex absoluta & relata. p. 22. n. 2.

[illegible] i us [illegible] uisptud. objectum. p. 21. n. 2.

O[illegible] ur[illegible] erum vel personarum. p. 22 n. 2.

[illegible] dici [illegible] non sunt juris civilis. p. 42

[illegible] de al[illegible] corrupto est prætoria, & quare. p. [illegible] 9

[illegible] Edictis de jurisdictione latis descendentes. vid. *Edictum.*

[illegible] verbis male dicitur prætoria. p. 159

Actio resc[illegible] ia quæ, & quando competat læso. vid. *Restitutio in integrum.*

Actionis doli requisita, quæ est personalis persecutoria & arbitraria. p. 213. n. 5. 7.

Ra[illegible] quare hic, ut in actione quod metus causa, non fiat condemnatio in quadruplum, & cur non æquè ac illa sit rescissoria. ibid. n. 7. & seq p. 213

Per biennium durat, nec litis contestatione perpetuatur. p. 214 n. 8.

C[illegible] detur. ibid.

Actio in fa[illegible]um competit Actori propter alienationem judicii mutandi causa a Reo institutam p. 224. n. 2.

Quodnam Judicium hic in specie intelligatur & quæ requisita illius actionis. ibid. n. 5.

Non est pœnalis actio. ibid. n. 7.

An [illegible] m adversus reum competat. ibid.

Qualis s[illegible] actio quæ datur adversus nautas, caupones, stabularios ad [illegible] etendas res in navem cauponam & stabulum illatas. p. 228 n. 10

A[illegible] untur ex quinque speciebus Juris in re. p. 237 n. [illegible]

H[illegible] qualis sit actio. vid. *Hæreditas.*

Re[illegible] el actio realis, atque ci[illegible] ilis non prætoria, licet Edicto [illegible] fit [illegible] olita. p. 252.

[illegible] causa efficiens. ibid. n. 3.

[illegible], alia utilis & unde hæc distinctio. ibid.

Vindicatio [illegible] la non est rerum incorporalium. p. 255. n. 5.

An Publi[illegible] ana in rem [illegible] o hodie præbeat usum. p. 256. n. 2.

Quæ [illegible] ula introductionis, & cui competat. ibid. n. 4.

[illegible] cumulari cum rei vindicatione alternativè. p. 257. n. 4.

Collisio quæ fit circa eam contrariorum principiorum eorundemque conciliatio. ibid.

Actio vectigalis sive emphyteuticaria utilis vindicatio descendit ex dominio utili. p. 258

Ejus definitio. ibid. n. 5.

Actio confessoria quæ. vid. *usufructus.*

Quare non detur vindicatio rei corporalis negatoria, cum detur negatoria S[illegible] itutum. p. 271 n. 7.

In confessoria Actori incumbit probatio, in negatoria Reo. p. 257

Quid in confessoria & Negatoria veniat probandum. ibid.

Quæ sit actio si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, quotuplex, & cui detur? p. 288 n. 5.

Quando inde locus actioni legis aquiliæ. ibid. n. 4.

Constitutio Caroli V. art. 150 non est de illa actione. ibid. n. 6.

Quæ sit actio de pastu. ibid. n. 6.

Alia est actio ex L. Aquilia directa, alia ex L. Aquilia utilis, alia accommodata L. Aquiliæ sive in factum subsidiaria. p. 291. n. 7.

Harum a[illegible] ionum fontes ex Rhetoricis & utilitas. ibid.

Actio dejecti, effusi, est ex quasi delicto & dividitur in directam & utilem. p. 292. n. 9.

Actiones noxales cur dentur in dominum. p. 293 n. 3.

An noxalis actio detur quoque contra bon. fidei possessorem. p. 294.

In ministris Christianorum hæ actiones non obtinent. ibid. n. 7.

Quo[illegible] do ergo ex delicto famulorum dominus teneatur. ibid.

Actio [illegible] nium regundorum qualis. p. 295 n. 2. & 6.

Actionis familiæ erciscundæ quæ causa propinqua, quæ remota. p. 297. n. 2.

Quid non [illegible] eniat in hanc actionem. ibid. n. 4.

An ea iterum intentari possit. p. 298 n. 9.

Differentia actionum communi dividundo & pro Socio. p. 299. n. 1.

Cur & quando ob impensas detur actio comm. dividundo. ib. n. 3. & 4.

Actio ad exhibendum mixtam quoque causam habet, est & personalis ac da[illegible] a. p. 308.

Hodie loco hujus actionis utimur mandato compulsoriali. ibid. n. 6.

Actio interrogatoria definitur. p. 302. n. 3.

A qua differt actio in factum de confessis. ibid.

Actio de servo corrupto qualis & quotuplex. p. 324

Actio de [illegible] eligiosis, & actio funeraria quales sint actiones & quem hodie præbeant usum. p. [illegible] 8. n. 1. & 4.

Ex jurejurando actiones oriuntur diversæ. p. 326. & seq. n. 12.

Actiones hæ Prætoriæ, *de eo quod certo loco dari debent*, & *constitutæ pecuniæ*, cujus naturæ & qualis utriusque causa. p. 346 347 & seqq.

Actio constitutoria est aliquando pœnalis. p. 149. n. 13.

Ac[illegible] Commodati etiam contra plures datur in solidum. p. 35[illegible] n. [illegible]

Quæ sit actio pignoratitia & contra quem detur p. 3[illegible] & seq.

Quare [illegible] contractibus sit actio interdum utrinque directa, aliquando directa & contraria p. 35[illegible] n. 9.

Actio exercitoria quæ & cui detur. p. 359 & seq.

Qualis competat actio Exercitori contra contrahentes cum Magistro navis. p. 360 n. 6.

Actio Institoria quæ. p. 363. n. 2. Tributoria. p. 365. n. 1.

Actio de peculio hodie cessat p. 369

Actiones de in rem verso & quod jussu sunt utiles. p. 3[illegible] 0

Actio restitutoria mulieri deceptæ per intercessionem quando competat. p. 372 n. 8.

Actio Sequestraria quæ, & quotuplex. p. 282.

Contrarium mandati actionem non habet Mandatarius cum fines mandati excessit. p. 389.

Actio pro socio an detur contra tertium socii debitorem p. 394 n. 12.

Actio ex empto & vendito, quomodo differant. p. 418. n. 2.

Quæ dicatur actio empti venditi directa & utilis. ibid. n. 3.

Actio ex l. 1. C. de rescind. vend. ex empto non verò ex lege Condi[illegible] p. 419. n. 7.

Actio in factum est triplex prætoria, subsidiaria & civilis s. præscriptis verbis. p.4[illegible], n. 2.
Ex alio forte oritur actio æstimatoria præscriptis verbis, & actio præscriptis verbis s. [illegible]. ibid.
Actio præscriptis verbis ex permutatione est ex Contractu innominato. p.4[illegible].9, n. 1.
Duplex datur actio propter permutationem sive do ut des. ibid.
Qualis nascatur actio ex contractu suffragii. p.415, n. 4.
Actio præscriptis verbis oritur ex Contractu innominato facio ut des. ib. n. 5.
Facio ut facias itidem eam operatur actionem, non verò Condictionem causa datâ causa non secuta. p.4[illegible] & seq.
Actio præscriptis verbis non concurrit cum alia nominata actione. ibid. n. 12.

Accursius.

Hic primus cœpit glossam scribere in omnes Titulos, Leges & Paragraphos Juris Justinianei, indeque ipse sibi nomen inditum glossator, quod adversus Juris civilis tenebras accurrat. p. 41 n. 4.
Idem refutatur. p. 41 n. 2.
Actiones hominum quatenus sunt arbitrariæ. p.15

Addictio in diem.

Addictio alia est pura, alia conditionalis. p.407, n. 2.
Effectus utriusque addictionis. ibid. n. 5.

Adoptio, Arrogatio.

Adoptio est vocabulum ambiguum, tres habens significationes, quæ enucleantur. p.76 n. 2.
Ejus definitio, forma, causa impulsiva principalis & finalis. ibid.
Liberi adoptivi quare dicantur (angewünschete oder erkorne Kinder.) ibid.
Differentia adoptionis ab arrogatione, ejus specie, ut & modi adoptandi explicantur. p.770 4.
Fœminæ regulariter non adoptant neque Spadones. ibid.
Quæ requiratur ætas in adoptione. ibid.
An qui liberos habet adoptare possit. ibid.
In adoptione etiam Magistratu quoad formam probatoriam requiritur [illegible]. p.78
Plebejus adoptatus à Nobili, non fit nobilis. ibid. [illegible]
Num ad[illegible]ucat [illegible] patriam potestatem. [illegible]d.
Formalis [illegible] ad[illegible] nc non ad modum est in usu, sed ejus loco [illegible] quentari [illegible]. ibid.
Insignis est effectus quod adoptatus & arrogatus assimiletur ei qui ex legitimo natus matrimonio. ibid.

Advocatus, Advocatio.

Postulare & advocare late loquendo [illegible] fierunt, in stricta significatione conveniunt, & postulare idem est ac officio Advocati fungi. p[illegible] n[illegible].
Coram quibus olim concessum postulare. ibid.
Vera causa est [illegible] Advocatorum [illegible] litigatores. p 11[illegible] n. 8.
Cogi possunt ad subeundum [illegible] munus. ibid.
Advoc[illegible] defensoris vel procuratoris invitus suscipere non tenetur. ibid. n. 3.
Quomodo debeant pauperibus, & quibus gratis patrocinari teneantur. ibid.
Pauperis [illegible] Advocatus sumptus exigit ab accusatore. ibid.
Quinam postulare prohibeantur. Ibid n. 4.
Officium Advocati quale, & quæ ipsi vitanda vitia. p 1[illegible] n. 6.
C[illegible] munus Advocati sit permittendum. ibid in fin.
Si quis in Possessorio bonam foveat causam, malam verò in petitorio, an Advocatus ei adesse in illa possit dum in hac non agatur. ibid.

Æquum, Æquitas.

Æquum & bonum interdum conjunctim sumuntur, significantque [illegible]. p. 7.
In tali[illegible] quomodo [illegible] differat a justo. ibid.
Habere [illegible] gradus proba[illegible]. ibid.
Æquitas definitur, simulac ostenditur eam potius ad jus naturæ quàm civile referendam. p.38 n 28.
Quidam eam dividunt in scriptam & non [illegible]tam, alii in naturalem & [illegible] quæ [illegible] [illegible]d.
Duplex gerit officium, [illegible] in legis interpretatione, alterum in ejus emendatione. p.39

Alea vid. *Ludus.*

Alienatio.

Qui prohibitus est alienare, an nihilominus possit donare ad pias causas. p. 5[illegible]
Mutuum non est alienatio. p 517
Dicitur tamen ita per metonymiam in jure haud infrequentem, quod certis probatur rationibus. ibid.

Appellatio.

Interpositio appellationis die festo quoque licita. p 1[illegible] n 5.
Decendium ad hanc interponendam concessum. p.154 n. 1[illegible]
An hoc tempus Judex possit coarctare vel prolongare. [illegible]
Juramento judiciali præstito, latâ sententiâ statim nanciscitur vim Judicati & excludit appellationem, secus est in Juramento necessario. p.367

Arrestum.

Quæ sit natura arresti, & quomodo differat à Sequestro judiciali. p.383. n. 6.

Arrha.

Cum arrharum dispendio de jure civili non licet recedere ab emptione perfecta. p[illegible]00 [illegible]
Quatenus datio arrhæ contrahentes naturaliter vel civiliter obliget. [illegible]d.
Perfecta emptione si loco arrhæ pecunia fuit numerata, [illegible] pretii.
Dicta de arrhis vindicantur contra Rebhanium. [illegible] esse contractum impropriè loquendo, non ver[illegible]
Quid sit. Sanctus denarius.
Arrha non est pro contractu ubi perfecto contractui accedit. p.401

Assecuratio.

Assecurationis definitio. p[illegible]
Connumeratur inter contractus onerosos, eademque justa e[illegible] [illegible] pu[illegible] va[illegible]ulis.
Non est emptio venditio, nec locatio, vel stipulatio neque fidejussio.
Ob quas causas, ac quod modis fiat. p[illegible]

Assessor.

Assessorum officium apud Romanos quodnam fuerit, & cur necessarii. [illegible]
Nominantur aliàs in legibus Justinianeis Comites & Juris [illegible]
Assessor si jus iniquum suggesserit, non modò ex dol[illegible] imperitia tenetur.
Hodie Magistratus Assessori suo committere potest causarum [illegible]nem, reservata sibi sententiæ publicatione. p.79.

Avaria.

Quid est vel communis, vel glossa s. gravis. p.[illegible]

Auctio.

Empt. vend. per auctionem qualis. p.[illegible] n. 10.

B.

Bona.

Bona Principis alia fiscalia alia patrimonialia [illegible]
Bona deponentis ob delictum con[illegible] cata eadem repetent[illegible]tur.
Bonorum Majoratus (der Me[illegible] rechte) & locatorum ([illegible] quæ natura in locatione conductione.
In Bonis quæ jure perpetuæ Coloniæ possidentur, u[illegible] minium.
Maritus profundens bona Uxoris, pater bona liberorum [illegible] sequestrationi. p[illegible]
Bona quomodo & quatenus oppignorentur vid. *pignus.*

Bonæ fidei Possessor vel Contractus.
Vid. *Possessor & Contractus.*

Bonorum possessio.

Datio bonorum possessionis est referenda ad jurisdictionem simplicem. p.103.
Item quando Venter mittitur in bonorum possessionem nomine alimentorum. p.104.
Aliquando tamen eadem missio in bonorum possessionem mixti Imperii dicitur. ibid.

C.

Calendarium Reformatum.

Pontificis Romani Gregorii XIII. authoritate hoc Calendarium Libanum est Confectum. p.233.n.4
Rectè verò à Protestantibus non receptum. ibid.

Calumnia.

Calumniae vox est aequivoca. p.201.n.2.
Actio de Calumnia quomodo cum actione vi bonorum raptorum conveniat. ibid.
Elegans discrimen inter actionem de calumnia & injuriarum. ibid.
Quando eadem cum condictione ob turpem causam occurrat. ibid.
Actio de calumnia non datur heredi, cujus ratio exprimitur. ibid. num.4.

Cambium.

Cambii origo indicatur. p.434.
Species est permutationis, non verò Contractus nominatus, videlicet neque emptio-venditio, nec depositum, vel mutuum. ibid.
Dividitur in mandale & locale. ibid.
Ab eo excluditur poenitentia. ibid.

Casus fortuitus.

Vid. periculum.

Cautio.

Cautionis homonymia & Synonymia. p.127.n.2.
In qua significatione sumatur pro satisdatione & satisfactione. ibid.
Satisdatio alia est necessaria, alia voluntaria. ibid.
Cautio de non offendendo est quadruplex, quarum illa potior est, quae praestatur personae à persona, cujus occurrunt tria requisita. ibid.
Satisdationis in genere causa efficiens est lex. ibid.
Judicialis ordinariè tantum in fidejussoribus de jure civili, moribus verò hodiernis non item. ibid.n.4.
In ... etiam summaria cautio requiritur. p.128.
... modo hodie caveant Judex, Actor, Reus, & Procurator. ibid. num.6.
... fidejussor locuples & fide dignus sufficit ad cautionem tam in criminalibus quam causis civilibus. ibid.n.7.
Quidam in certis casibus cavent juratò. ibid.n.10.
Nude solum promittunt rerum immobilium possessores. ibid. num.11.
Qui horum nomine veniant, atque ubi bona immobilia debeant esse sita explicatur. ibid.
Possessores immobilium an sint immunes cautione juratoria. pag. 129.
Si à forensi pro arresto relaxando in judicio domicilii praestetur cautio pignoratitia de judicio sisti & judicatum solvi; eaque exhibeatur in judicio causae, non est insuper ab hoc exigenda cautio juratoria. ibid.
Cautio in causa noxali quae, & in quem finem detur. ibid.

Chirographum.

... Verborum Obligationis Chirographum non modò facit probationem, sed est quoque causa obligationis. pag. 312.& 313.
... actio ex Chirographo descendens, & quis ejus effectus. ibid p.313.
Repetendum Chirographum pecuniâ non numeratâ facit locum condictioni sine causâ. p.341.n.8.

Citatio.

... ut pars judicii jure est Gentium. p.121.
... tribus constat partibus. ibid.
Haud valet citatio si non constet ex actis de Nuncii relatione. ibid.
Creditur vero Nuncio affirmanti se citasse. ibid.
Citatio publica sive per Edictum (durch öffentliche Anschlag) & subsidiaria explicatur. ibid.
An citatus necessariò coram Magistratu comparere teneatur? hanc & alias quaestiones huc facientes lege sub Tit. Vocatio in jus.
Ad instantiam alterius regulariter decernitur citatio, idque certa de causa. ibid.
Omnes citandi quorum interest, contra non citatos enim in contumaciam procedi nequit. ibid.
Cum sit de essentia Processus in omnibus actibus requiritur. pag. 121.
Effectus ejus praecipui describuntur. ibid. & p.122.

Civitas.

Vid. universitas.

Codex.

Praeter Codicem Gregorianum, Hermogenianum & Theodosianum datur etiam quartus sc. Papirianus. p.43.

Collecta.

Collectae regulariter non sunt Jurisdictionis, sed earum exactio fit jure superioritatis. p.109.infra.
Aliquando tamen ratione Jurisdictionis civilis & ordinariae imponuntur. ibid.
Argumentum legis Rhodiae obtinere hodiernis temporibus in illis potest qui vel minores quam debebant, vel nullas, cum tamen exempti non essent, collectas solverunt. p.361.& 362.

Collegium.

Collegiorum Opificum statuta indigent confirmatione. p.48.
Magistri Collegiorum (die Gildemeister) habent quandoque potestatem coercendi & mulctam imponendi Collegiatis. ibid.
A collegiis nonnullis Opificum injustè arcentur molitores & textores opiliones. p.181.
Statuta tamen collegiorum, quae levi macula notatos rejiciunt laudanda. p.183.n.8.
Unus non constituit collegium, potest tamen retinere, ut in eo solo collegii nomen persistat. p.196
Quae sint jura collegiorum. ibid.
E Collegio opificum removeri potest ex causa depositi condemnatus. p.386.n.15.

Commodatum.

Commodati ambiguitas. p.349.n.2.
An res incorporales commodentur. p.150.n.4
Res aliena quomodo veniat in commodatum & alios contractus. ibid.
An fur jure naturali rectè commodet rem furtivam. p.351.
Quod jus Saxonicum statuit, in commodatarium dominium & possessionem transferri rei commodatae, hoc videtur irrationale. ibid.n.7.
Juri Sax. simile videtur statutum Lubecense & Hamburgense. ibid.
Deteriore reddita re commodata, an commodatarius teneatur praestare aestimationem rei integrae, an verò pretium deteriorationis solvendo liberetur. p.352.n.10.
Ante usum finitum non commodatum repeti possit. p.353.n.16.
Si ignoravit rei vitium commodans, non tenetur ex inde actione contraria. ibid.n.12.

Compensatio.

Vocabuli Compensationis homonymia & definitio. p.375
Alia compensatio necessaria alia voluntaria, & utraque Civili ac naturali gaudet ratione. ibid.
Necessariae compensationis quinque sunt requisita. ibid.n.4.
An fiat ex delicto publico, vel privato. ibid.& seq.
Objecta compensationis tam voluntariae quam necessariae, & quae respuant eam, variis declarantur exemplis. p.376.n.6.
Debitum litigiosum in compensationem etiam venit. ibid.n.7.
Illud etiam compensari licet, quod tantum naturaliter debetur. ibid.
Quatenus conditionale debitum admittat compensationem. ibid. in fin.
Differunt Compensatio & reconventio. p.377.n.8.& 9.
Effectus compensationis praecipui. ibid.n.10.
An jurans se solutorum nihilominus compensare valeat? ibid.
Casus varii quibus cesset compensatio cum suis exceptionibus exponuntur. p.378.
Rationes prohibitae interdum compensationis. ibid.
An jure naturali in deposito & commodato concessa compensatio. ibid.

Quæ sit compensatio ex capit. Karol. & Ludovici Impp. ejusque ratio. ibid. in fine.
Regula hæc Juris, *quod non debetur ad invicem compensari nequit*, suas habet exceptiones. p. 379.
Additiones hujus materiæ. ibid.

Compromissum.

Ejus definitio. p. 226. n. 18.
De jure veteri & novo, Compromissum fit per stipulationem pœnalem exceptis duobus casibus. ib. n. 2. & 5.
Ab Arbitrio compromissario nulla conceditur appellatio. ibid. n. 7.
Licet quis juraverit se stare velle arbitrio Compromissarii, postea tamen enormissime eo inde læsus exceptionem doli opponere non prohibetur. ibid.
Ab arbitrio Commissario ante pronunciatum laudum recedere & ad judicem ord. ire licet. ibid. n. 7.

Condictio.

Quando actio mutui venit nomine condictionis certi, intelligitur generalis. p. 327. n. 14.
Condictionis Etymologia & Synonyma. p. 332. n. 21.
Quomodo ab objecto & forma condictionis dividantur. ibid.
An condictio ex lege & triticiaria sint generales Condictiones. pag. 333
Condictiones absolute consideratæ sunt omnes naturales & Juris gentium. ibid.
Definitur cond. ob causam, & probatur eam oriri ex quasi contractu. ibid. n. 3.
Ut vere competat, hæc duo requiruntur. ibid.
Causa non secuta res condici potest vel ex mora debitoris, vel pœnitentia & voluntate Creditoris. p. 332. 10 fin.
Si judici quid datum ut in bona causa pro dante pronunciet, non est locus condictioni. p. 335. n. 3.
Condictio ob turpem causam descendit ex quasi contractu. ibid.
In adulterio deprehensus ex justo metu mortis si quid dedit, an possit solutum condicere. ibid. n. 4.
Differentia inter condictionem ob injustam, & ob turpem causam. ibid.
Condictio indebiti est specialis non generalis. p. 338. n. 1.
Tria ad hanc requiruntur actionem. ibid. n. 2.
Si quis solverit quod alius debebat, an locus sit condictioni indebiti. p. 339. n. 5.
Ratio differentiæ hujus condictionis quoad SCtum Velleian. & Macedonianum. ibid.
Dotem solvens ex errore non eam potest condicere. ibid. n. 7.
Ex ignorantia juris soluti regulariter non datur condictio. p. 339.
Definitur condictio hac causa. p. 340.
Diverso respectu generalis & specialis esse potest. ibid. n. 2.
Condictio furtiva quomodo differat ab actione furti. p. 342. n. 1.
Condictionis illius definitio explicatur, ejusque introductionis causa. ibid. n. 5.
Datur etiam ei qui post subtractationem factus est dominus. ibid. n. 6.
An creditori & commodatario competat. ibid.
Ratione objecti condictio furtiva alia est certi alia incerti. ibid.
Contra eum quoque competit condictio furtiva cujus ope consilio-ve furtum est commissum, etiam adversus furis heredes in solidum. ibid. n. 7.
Non tamen in hoc casu est ex delicto, sed furti occasione actio dativa. p. 343.
Definitio & divisio & requisita Condictionis ex lege. p. 344.
Exempla hodierna hujus condictionis. ibid. n. 5
Definitio Condictionis triticiariæ & pro quibus rebus competat. pag. 341.
Quæ res veniant in actionem de constituta pecunia. p. 348. n. 4.

Conductio.

Vid. *Locatio.*

Consensus.

Consensus positivus & interpretativus describitur. p. 59. in fin.
Quali contractus non verum sed fictum habet consensum. p. 149.
Tacitus consensus in jure civ. quandoque denotat fictum. p. 154.
Consensus duo habet principia intellectum sc. & voluntatem. p. 155. in fin.
In omnibus contractibus consensus requiritur, sed in consensualibus insuper loco formæ est. p. 388.
Declaratur explicite vel implicite, ut & ratihabitione. ibid.

Consilium.

Consilium coram quo minor XX. annis manumittere potuit, quale fuerit. p. 98.
Consilium differt à mandato, nec est obligatorium. p. 388. n. 7.
Est tamen interdum ex consilio obligatio. ibid.

Constitutio.

Constitutionum Imperatorum Romanorum descriptio, divisio & differentia earum explicatur. p. 62.
Constitutio Ducum Brunsv. & Lun. de Judis. p. 305. & seqq.
De monetis. p. 315.
Constitutio Rudolphi II. de SCto Macedoniano. p. 368.

Constitutio, Constitutum.

Pactum constituti est causa actionis de constituta pecunia. p. 348. n. 4.
Differentia fidejussionis & constituti. p. 348.
Quare debitum mere civile non constituatur. ibid. n. 9.
Constituens habet beneficium excussionis. ibid.
Quale tempus sit in constituto. ibid. n. 12.
Quomodo Procurator ad litem constituatur.
Vid. *Procurator.*

Consuetudo.

Vox consuetudinis tripliciter accipitur. p. 58. n. 9.
Illa quatenus dicatur Jus non scriptum. p. 59. n. 9.
Nominatur alias usus longævus, & diuturni mores. ibid.
Consuetudinis divisiones novem explanantur. ibid.
Negativa consuetudo quot modis dicatur. ibid.
Ad introducendam Consuetudinem an Principis requiratur scientia & patientia, vel num sufficiat ipsum non contradicere. ibid.
Totius populi Consensus non necessarius ad perfectionem consuetudinis. p. 60.
Quatuor ejus traduntur requisita. ibid.
Consuetudo contra jus divinum non valet. ibid.
Quæ rationabilis, quæ irrationabilis. ibid.
An tollat legem. ibid.
Quales actus requirat & quot annos. ibid.
An Doctori Juris alleganti consuetudinem credendum. p. 61.

Continentia causæ.

Ex continentia causæ forum recte fundatur. p. 335.
Rationes ejus introductionis. ibid.
Præventio & reconventio non referendæ ad causæ continentiam. p. 305.
Quotuplex sit ex sententia Frid Mindani. ibid.
Quid hodie Juris de causæ prævent. continentia. ibid.

Contractus.

Vox contractus ex usu Rom. tripliciter accipitur. p. 148. n. 2.
Verus contractus item Nominati, & innominati definiuntur. p. 149.
Nominati non dicuntur à solo nomine, nec a frequentiori usu, sed à forma & modo contrahendi peculiari. ibid.
Definitio contractus aliquot Dd. rejicitur, ut & vulgaris quæ formatur ex l. 19 ff. de V S. ibid.
An contractus inter pacta legitima referantur. p. 153.
Contractus juris civilis nec sunt pacta juris gent. nec juris civilis legitima. ibid.
Divisio contractuum in nominat. & innominatos desumitur a forma non ab accidentibus statuit Bach. ibid.
Definitiones contractuum Grotii diversæ. ibid.
Contractus consensuales esse pacta non nuda probatur contra Bachov. ibid.
Contractuum judicialiter confirmatorum quæ sit vis. p. 154
Contractus innominati ex se obligant. p. 158
Quomodo hi celebrentur. p. 159
Ex quasi contractu nautæ, caupones, stabularii obligantur ad reddendas res illatas in navem, cauponam vel stabulum. p. 227.
Res non est causa efficiens contractuum realium sed objectum. pag. 332. n. 5.
Contractus reales ratione causæ finalis quomodo distinguantur. ibid.
Quidam contractus continent necessitatem implendi, alii non. p. 334.
Alii contractus admittunt objectum rei alienæ, alii non. p. 350.
Contractus consensuales consensu constituuntur, rei traditione consummantur p. 387. 10 fin.
Contractus innominatus cur non habeat nomen. p. 431.
Innominati contractus non perficiuntur sine facto aut rei traditione. p. 432.
Quando ex contractibus innominatis actuali datione nondum perfectis LL. civiles denegant actionem, hæc non est contra jus naturale sed præter p. 432.
Divisio horum contractuum in correlativos & non respectivos est erronea, omnes enim innominati (quorum sunt quatuor) respectivi dicuntur. ibid. n. 2.
Quæ præcipue sint notanda circa hos contractus. ibid.
Contractus innominatus do ut des sive permutatio, comparatur cum emptione venditione. ibid.
Do ut facias affinitatem habet cum locatione conductione. p. 435. n. 4.
Quale factum in hoc contractu intelligatur. ibid. 338.
Ad eundem etiam referuntur duo contractus notabiles suffragium, & allecuratio. ibid.
Contractus innominatus facio ut des assimilis est contractui mandati & locationis. p. 436. n. 5.

Facia

Facio ut facias itidem similitudinem habet cum mandato. ibid. n.6.

Conventio.

Vid. *Pactum*

Creditum, Creditor.

Creditum tripliciter accipitur. p.312 n.2.
Crediti nomine stipulationem quoque venire probatur contra Wesemb. ibid.n.4.
Non solum in contractu reali sed consensuali creditur. ibid n.3.
Creditori invito non potest solvi res diversi generis. p. 315.
Creditor in contractu pignoris culpam solum præstat levem. pag 317.
Pignore casu omisso creditor nihilominus suum Creditum repetere potest. ibid.
Cum Institore contrahens creditor curiosus esse debet. pag. 363.n.2.

Culpa.

An infamiam ob latam culpam irrogetur. p.181 n.3.
Culpa alia est in committendo, alia in omittendo. p.213.
Res duobus commodata si pereat utriusque culpa, an singuli in solidum teneantur, an verò quilibet pro sua portione. pag. 352.n.10.
In Contractu pignoris Creditorem saltem de levi non levissima teneri culpa probatur, simulque Wesenbecio dissentienti respondetur. p.317
Culpa omnis præstatur à deponente. p.384 n.14
Depositarius ad latam adstringitur. ibid.
Quæ dicatur culpa lata in concreto, quæ in abstracto. ibid.in fin.
Quibus casibus depositarius teneatur præstare culpam levissimam. ibid.
Mandatarius omnem præstat culpam etiam levissimam. pag. 389.n 10.
Mandans quoque obligatur ad exactissimam diligentiam. ibid.
Socius socio levem culpam præstare tenetur. p.393.in fin.

D.

Damnum vid. *periculum.*

Debitum. Debitor.

Debitum non semper ex justitia particulari oritur. p.15
Generalis debiti significatio. p.373 n.2.
Debitum dicitur liquidum tribus modis. p.377
Si debitores civitatem perdiderunt, tenentur utili actione illi, ad quos eorum pervenerunt bona. p.218 in fin.
Quis sit debitor ex Calendario. p.378.

Defunctus.

An hodie liceat transferre mortuum per territoria aliena non facta denunciatione. p.308.n.5.
Cur prohibita mortui arrestatio. ibid.
Si quis pro defuncto funerando impendat vel monumentum faciat, dicitur mortui negotia gessisse. p.199 n.6.
Actio de mortuo inferendo quem hodie præbeat usum. p.309

Delictum.

Delicta distinguuntur in publica & privata; *illa* sic dicuntur ratione causæ efficientis & finis, *hæc* habent aliam causam finalem. p.169.
Publica vicissim vel sunt capitalia vel non capitalia. ibid.
An liceat de delicto publico vel privato transigere vel pacisci. vid. *Transactio*
Delicta sunt contractus invíti, eorundemque emendatio pertinet ad justitiam commutativam. p.18.
Quomodo delinquens ratione delicti sortiatur forum. vid. *Forum.*

Depositum.

Vox depositi est ambigua. p.381.n.1.
Summam requirit fidem. ibid.
Consensus ad causam efficientem rei, traditio ad formam hujus contractus refertur. ibid.n 3.
Objectum ejus etiam est rei immobilis. ibid.n.4.
In deposito cistæ obsignatæ quæ observanda. p.382.
Definitio depositi proprii, & improprii nec non depositi Juris. ibid.
Casus quibus depositarius juste denegat deponenti depositum de jure naturali. p.383
Depositio pecuniæ hæreditariæ sine causæ cognitione possessori non injungenda. p.16.n.6.
Qualis processus in actione depositi. p.326.fin.15.

Dies.

Definitio diei naturalis & civilis sive artificialis. p.216.n.4.
Quomodo Romani diviserint diem; & quæ hujus divisionis origo. ibid.
Qui affirmant in causis favorabilibus diem cœptum pro completo haberi, in odiosis verò ultimum requiri momentum, valdè errant. ibid.

Diffamatis.

Jus judicio diffamationis diffamatus dum provocat actor est. pag. 232.n.10.
In causa vero principali diffamans actor, diffamatus reus fit. pag. 233.
Diffamatus diffamantem ad suum forum provocat. ibid.

Digesta.

Vid. *Pandectæ.*

Dilatio.

Quid sit dilatio cui affinis prorogatio. p.134.n 9.
Dilationes peremptoriæ dicuntur ita quod perimant omnem tergiversationem. ibid.n.10
Consuetudinariarum & statutariarum dilationum quædam exempla ibid.n.11.
Recte dividuntur in legitimas & arbitrarias seu judiciales & conventionales, quæ explicantur. ibid.
Quot dilationes dentur in civilibus, quot in criminalibus causis. ibid.n.12.
Quare in crimine adulterii nullæ concedantur dilationes. ibid.
An in concedenda dilatione causæ cognitio requiratur. ibid.n.13.
An Judex dilationem a lege concessam pro suo arbitrio prolongare aut coarctare possit. ibid.
Effectus dilationis varii. p.135 n.14

Divisio.

Causa remota & propinqua actionis familiæ erciscundæ explicatur. p 297.
Cohæres unus cæteris reluctantibus ad divisionem hæreditatis quandoque rectè provocat. ibid n.4.
An divisio quibusdam hæredibus absentibus facta tota sit inutilis ac nulla, an vero pro portione hæredis absentis. ibid.
Quomodo Jura dividenda. p.298
Divisio post judicium familiæ erciscundæ instituta non potest retractari, nisi cum herede putativo facta vel læsio ultra dimidium intervenerit ibid.n.8.
Divisio & divisionis placitum ut differant. ibid.
Quatenus sit divisio permutatio vel emptio. ibid.
In societate quando lucrum inter Socios dividendum. p.393

Dolus.

Definitio doli mali strictè & latè sumpti. p.212.n.4.
Defenditur ab injuriis novi Hodogetæ. ibid.
Descriptio doli boni. p.213.
Quomodo dolus malus differat à lata culpa. ibid.
An contractus dolo initus de jure & naturali & positivo sit nullus, egregiis fundamentis enucleatur, simulque Bacchovio & Wesenbecio ab Authore dissentientibus respondetur pag. 211.n.2.
Quæ sit actio de dolo. vid. *actio.*
Remedia contra dolum. p.214.
Pacta nuda dolo inita ipso jure sunt nulla, quoad vestita distinguitur inter dolum dantem causam contractui & incidentem. pag. 362.n.11.

Domicilium.

Domicilium juridicè significat jus quo quis communiter utitur cum reliquis civitatis alicujus civibus; Estque duplex naturale & accidentale. p.133
Accidentale vel est necessarium vel voluntarium. ibid.
Domicilium habitationis (quod sub voluntario comprehenditur) consistit in duobus. ibid.
Quatenus ratione domicilii quis forum sortiatur. vid. *Forum.*
Non requiritur ut quis domicilium ibi debeat habere, ubi convenitur. p.248.n.9.

Dominium.

Dominiorum distinctiones quomodo juris gent, an & quomodo juris naturæ. p 16.
Dominium est excellentior juris in re species diciturque ein Eigenthumb/ Eigenthumbliche Gerechtigkeit. p.252.
Dominium duas quasi habet partes efficientes rem in qua illud jus est. ibid.
Ejus divisio & subdistinctio. ibid.
Fictum dominium vel positive vel negative est tale. p.256
Emptio-venditio est translativa dominii vel proprietatis. p. 424.n.12
In contractu suffragii rei mobilis dominium transfertur in suffragatorem. p.435.
Non semper vera est hæc regula; Quarum rerum est traditio & possessio, illarum etiam est dominium. p.81.n.4.

Duellum.

Ipso Jure duella sunt illicita. p.291.
Ad duellum provocatus si provocantem occidat, incurrit in pœnam Legis Corneliæ de Sicariis. ibid n.4.

E.

Edictum.

Edictum perpetuum quando & quo authore sit compositum. pag. 42.n.4.
Prætor tria Edicta pro tuenda jurisdictione promulgavit quorum primum est de albo corrupto. p.109.n 13.
Secundum & tertium spectat ad dignitatem & auctoritatem jus dicentis illudque insuper duo continet capita. p.112 n.1.
Quibus & olim hodie illa prolixe edicta ostenditur. eod.loc.
Actio ex primo Edicto data prætoria est, tam ratione introductionis quam extensionis. p 109.
Ex secundo itidem competit actio prætoria personalis transiens in heredes. p 112.
Ejus Edicti praxis hodierna variis exemplis exponitur. p 113.
Tertii Edicti actio quoque dicitur prætoria personalis, item popularis non competens heredibus p.115.
An pœna quæ hoc edicto proponitur fisco vindicetur vel actori, an vero inter fiscum & actorem sit dividenda p.116.n.4.
Actiones ex edicto prætoris ortæ non extraordinariæ sunt sed ordinariæ. p.159 n.8.
Edictum prætoris, quo sub pœna in jus vocatum comparere jubet, de quo vocante loquatur. p.125.n.1.
Ex illo Edicto quo metu pœnæ eos compescere voluit qui in jus vocatos vi eriperent, qualis sit data actio, in quem finem, ac quibus competat. p.106.
Ex alio Edicto, quo Prætor impedientem in jus vocatum comparere punire voluit datur actio rei persecutoria ex delicto, illaque regulariter competit actori stipulatori. p.130.
Edictum Prætoris de pactis servandis non est de pactis in genere sed de nudis saltem. p.161.
Edicta hæc Prætorum differunt ab Edictis Imperatorum Romanorum. p.62.

Editio actionis.

Coram quo, quando, & quomodo hæc editio olim facta. p.137.n.1.
Quænam causa efficiens remota & propinqua editionis. p 139.n.11.
Quæ edenda præter libellum. ibid.n.10.
Pro Editione quæ competant actiones. ibid n.11.
Quæ in specie actor teneatur edere Reo. p.140 n.12.
Quæ reus actori, & an ad hoc sit obligatus. ibid.
An Instrumenta edenda cum die & consule. ibid n.13.
Qui modi coercendi nolentem edere acta. ibid n.14.

Emancipatio.

Emancipatio Justinianea non est hodie in usu, sed per totam ferè Europam consuetudine alii introducti modi, quibus liberi pro emancipatis habeantur. p.79 n.7.
An de Jure Saxonico per nuptias, & separationem bonorum liberi emancipentur sive patriâ liberentur potestate. ibid.
Quinam sint præcipui effectus emancipationis. ibid.
Filii familias exercentes hodie consensu Patris mercaturam, censentur emancipati quoad illam negotiationem. p.369.n.4.

Emphyteusis.

In Emphyteusi aliud jus habet dominus directus, aliud possessor. p 158.n.1.
Emphyteusis ut conventio, quomodo definiatur. ibid.n.8.
Quare sit contractus Juris gentium, vera datur ratio. ibid.
Item bonæ fidei. p.159.
Quomodo in perpetuum vel ad longum aliquod tempus contrahatur. ibid.
Modi emphyteusin constituendi & acquirendi ibid.
Non solum in fundis rusticis, sed & in urbanis reperitur ædificiis. ibid.
Ejus constitutio non requirit scripturam. ibid.
Causa impulsiva est sterilitas. p.160.
Ex hoc contractu non descendit condictio ex lege. ibid.
Quomodo finiatur emphyteusis. ibid.
Emphiteuta potest quandoque alienare jus suum sed non vendere. ibid.
Jus emphyteuticum præscriptione 30. annorum acquiri potest. p.161.
Novus cultor hujusmodi agros desertos contra verum Dominum biennio præscribere potest. p.160.
Arctior Emphyteutæ obligatio est, quam domini. ibid.
Emphyteusis non tribuit jurisdictionem. ibid.
An Emphyteuta directum dominum non solvenda canonem 30. vel 40. annis præscribere possit. p.161.
Libertas a Canone solvendo 30. annis præscribitur, non tamen ut maneat adhuc emphyteusis juxta Wesenb. ibid.
Dominus directus quoque præscribere potest dominium utile. ibid.
Dominus ille non habet jus taciti pignoris in bonis emphyteutæ, sed tantum privilegium personale inter chirographarios creditores. ibid.
Finitur etiam Emphyteusis quando Emphyteuta rem Emphyteuticam notabiliter reddit deteriorem. ibid.

Emptio-Venditio.

Quomodo differat Emptio-Venditio ab aliis contractibus. p.396.
Aliorum definitiones examinantur & vera traditur. ibid.
Antiquis temporibus nulla erat Emptio-Venditio. ibid.n.5.
Partes essentiales hujus contractus sunt tres. p.397.n.4.
Describitur emptio venditio naturalis, artificialis & negociatoria. p.398.
Mercatura ex se neque virtus, neque vitium sed indifferens est, si tamen debite fiat & ad bonum ordinetur finem, evadit moraliter bona, licita, nec non Reipubl. necessaria. ibid.
Eadem quomodo reddatur illicita & periculosa. ibid.
Ad emendum vel vendendum an quis cogi possit. ibid.n.5.
Quando valeat erronea emptio vend. ibid.
Si acetum pro vino vendatur, an talis venditio subsistat. ibid.& p. seq.
Quæ res in hunc contractum veniunt, quæ non. p.399.n.9.
In venditione vaccæ excluditur vitulus jam natus, secus si adhuc sit in utero matris ibid n.8.
Distracta per venditionem domo, omnia illa, quæ terræ, parietibus vel muris sunt affixa, instructa, vel adjecta vendita intelliguntur. ib.
Emptionis-vendit. perfectio duplex. p.403.n.10.
Puræ & non puræ definitio ac utriusque exempla. ibid.
Emptione-venditione perfecta ad quid uterque contrahentium obligetur. p.404.n.12.
In hoc contractu requiritur pretium justum, certum, verum, quæ qualitates explicantur. p.405
An hic licita sit læsio jure positivo vel naturali. ibid.
Sine pretii solutione hic non transfertur dominium regulariter. ibid.
Resoluto contractu emptionis venditionis, quos fructus emptor restituere teneatur. p.407.n.3.
Effectus pacti commissorii huic Contractui adjecti, p.408.n.1
Emptor vel venditor hereditatis an æs alienum a defuncto relictum solvere obligetur. p.409.
Uterque propter Læsionem ultra dimidium fruitur beneficio L. 2. C. de rescind. vend. p.410.n.6.
Quo pacto rescindatur. Vid. Rescissio.
Perfecta emptione periculum rei venditæ de jure civili & naturali est emptoris. p.414.
Varia pacta quæ huic contractui adjici possunt & quatenus sit licita, necne. p.415.
An venditor præcisè cogatur & rem venditam & fructus tradere. p.418.n.3.
Ἐναντίωσις quid? p.27.

Error.

Quando quis per errorem indebitum solvit, datur locus condictioni indebiti. p.538 n.2.
Propter errorem tamen facti conceditur repetitio non ob errorem juris. ibid.n.4.
Ita mulier intercedens, per errorem facti si quid solverit, recte illud repetit. p.539 n.6.
Si quis alicui dotem, vel pauperibus, Ecclesiæ & studiosis & ex errore aliquid dedit, non rectè hoc repetit. ibid.n.7.
Regula hæc, *ex errore juris soluti nulla est repetitio*, cum suis exceptionibus & exemplis enucleatur. ibid.n.9.
Error in Contractu emptionis-venditionis vel est circa rem, vel circa personam, vel in pretio. p.398.n.5.
Qualis error ex recensitis modis, & quatenus contractum emptionis-venditionis rescindat. ibid.
Si quis quis ex errore acetum pro vino emit, an subsistat contractus. p 399.

Exceptio.

Exceptio feriarum natura sua dilatoria est. p.133.n.7.
Exceptiones quædam Rei pertinent ad præparatoria judiciorum p.148.n 1.
Exceptio dominii, item usucapionis & præscriptiones rei vindicationi opponi possunt. p.215.n.10.
Exceptionem retentionis an possit depositarius objicere deponenti rem depositam repetenti. p.382.
Omnis exceptio debet cessare contra depositum. ibid.
Exceptio non numeratæ pecuniæ olim *perpetuo* obstitit, postea ad *quinquennium* fuit restricta, a Justiniano *ad biennium*. pag. 314.
Ope exceptionis quidnam dicatur indebitum. p.538.
Exceptiones ut rigoris juris mitigandi causa sunt introductæ. ibid.

Exhe-

Exheredatio.

Exheredatio dicitur privatio hereditatis. p.239.
Olim exheredatio vi patriæ potestatis & ex causis arbitrariis valebat, hodie alius modus est inductus. p 240.n.7.
Præter causas exheredationis quatuordecim quæ habentur in Nov. 115. adhuc aliæ occurrunt. ibid.

F.

Familia.

Familia refertur vel ad res, significans hereditatem, vel ad personas, denotans corpus domesticum plurium personarum. p.72. num.1.
Qui sint in familia propria, qui in communi. ibid.

Feriæ.

Latinæ feriæ quæ. p.86.
Jus ferias constituendi non habet Pontifex. p.132.n.4.
Nec Magistratus uti putat Wesenbec. nec administrator. ib. & seq.
Sed Imperator & Status Imperii hodie ferias tantum constituunt. ibid.
Feriæ prosunt omnibus p.133.n.7.
Feriis solennibus & repentinis, ut & cultui divino dicatis privati renunciare nequeunt, secus est in necessariis. vindemiarum sc. & messium causa inductis. ibid n.8.
Titulus de Feriis in * Wesenbec. ab Academia Duacena est mutilatus. p.134.

Feriatus dies.

Quæ contentiosæ Jurisdictionis diebus festis sunt prohibita. pag. 138.n.5.
Diebus feriatis in causis criminalibus regulariter non est licitum procedere, vel sententiam dicere. ibid.
Quæ illis diebus sint concessa variis exemplis illustratur. ibid.
Quid statuendum de cumulatione dierum festorum a Pontificis inducta. ibid.n.8.

Feudum.

Jus feudorum licet scriptum habeamus tamen venit nomine juris non scripti. p.61.
Successio in feudo hereditario (Erblehn) non competit successori jure proprio, sed hereditario. p.63.C.n.
Successor feudi hereditarii æs alienum ab antecessore contractum solvere tenetur, secus est in feudo pactionato. ibid.
Ex contractu feudali oritur actio feudalis nominata. p.162.
Possessio feudi per additionem hereditatis non acquiritur, sed apprehensio possessionis insuper est necessaria. p.247.n.9.
Actio feudalis oritur ex investitura. p.245.n 5.
Vasallus rem feudalem sine consensu Domini feudi in emphyteusin concedere non potest. p.261.in fin.
Ex contractu feudali uterque & dominus feudi & vasallus ab initio statim obligantur, & utrique competit actio directa. pag 356.in fin.

Fides.

Fides est quædam demonstratio. p.53.

Filiusfamilias.

Ut quis dicatur Filiusfamilias prius est ut sit filius. p.93.n.2.
Filii nati ante dignitatem patris, nihilominus ejus fiunt participes. p.85.
Filius non potest cum patre pacisci propter fictionem juris quâ pro una habentur personâ. p.156
Pacta tamen patris & filii puberis de bonis castrensibus, nec non de aliis adventitiis, in quibus filius habet plenam proprietatem, jure civili sunt concessa. ibid.
An filiusfamilias Procuratoris officium gerere possit p.190
Ex quibus contractibus filiusfamilias obligetur. p.365.n.1.
Duobus modis cum eo contrahitur, vel ut ipse alium sibi obliget vel quando ipse se obligat aliis. ibid.
Filiusfamilias mutuam pecuniam obligatur naturaliter. p.36 n.2.
Non potest ille SCto Macedoniano renunciare, ne quidem jurato. ibid.
Filiusfamilias patriâ potestate per dignitatem solutum nihilominus retinere beneficium SCti Macedoniani probatur contra Bacchov. ejusque argumentis contrariis respondetur. p 368.n.5.
Septem enumerantur casus in quibus non possit frui beneficio SCti Macedoniani. p.368 & seq.
Exceptionem hujus SCti filiusfamilias etiam post condemnationem ad impediendam executionem judicati opponere potest. ibid.n.9.

Fodina.

Agenti fodinæ, die Bergtheile/rebus immobilibus, earum verò proventus vulgò die Außbeute/ mobilibus annumerantur. pag. 82. sub fin.

Forum.

Forum significat locum ubi judicia exercentur. p.233.n.16.
Quid sit forum competens. ibid.
Actor sequitur forum rei excepta actione ex L. diffamari. ibid.
Reus sortitur forum vel jure communi vel ex privilegio. ibid.
De jure communi quinque modis, videlicet ex domicilio, contractu, delicto, re sita & continentia causarum, qui explicantur. ibid.
Nobiles qui in alio territorio, ubi non habitant, bona immobilia possident, an in illo quoque judicialiter conveniri possint. ibid.
An in loco delicti conveniri possit delinquens si absens sit. p.234.
Reus quomodo fruatur foro privilegiato. p.235.
Reo in foro delicti reperto non prodest privilegium de non revocando. p.234.
Secundum jus civile reus conveniri potest in loco contractus, sive ibi reperiatur, sive non, quod secus est Jure Canonico. ibid.

Fructus.

Contractu metu inito rescisso quos fructus reus restituere teneatur. p.209.
Rei vindicatione intentata, an Judex ante litis contestationem possit fructus perceptos adjudicare. p.254.n.7.
Fructus quomodo lucretur bon. vel mal. fidei possessor. Vid. *Possessor.*
Varia divisio fructuum. p.268.n.3.
Ultimi anni fructus an sint usufructuarii an verò proprietarii. ibid. num.3.
Fructus simul cum re ipsa condictione furtiva petuntur. p.345.n.8.
Sublata per diem addictionem emptione venditione, omnes fructus perceptos extantes & consumptos emptor restituere tenetur. p.407.
Lege commissoriâ inita factâ emptione venditione quales fructus emptor restituere obligetur, declaratur. p.405.n.2.
Emptor a tempore initi contractus rectè exigit fructus, nec demum a soluto pretio. p.407.

Furiosus.

Furiosus nequit pacisci ob defectum facultatis intelligibilis, is verò hic intelligitur, qui est in perpetuo furore, non qui habet dilucida intervalla. p.155.n.5.
Filius exheredatus injustè, volens per querelam inofficiosam patris Testamentum rescindere, an possit prætendere Testatorem fuisse furiosum vel non sanæ mentis p.241 n.10.
Furiosus licet locupletior factus, actione commodati conveniri nequit. p.330.
Deponens si factus furiosus rectè ipsi denegatur res deposita. p.383.

G.

Gastgericht.

Hoc judicium, quod alias dicitur Gastrecht / habetur de peregrinitate sive peregrinis. p.231.n.5.

Gentilis.

Juramentum quod præstitit gentilis propriâ superstitione, h.e. ex opinione suæ religionis, eum obligat p.529.n.6.sub fin.
Licet etiam ab illo tale juramentum exigere in re gravi. ibid.

Guarendare.

Siquis agri dominium, quoad vivit, habet, non potest nisi ad vitam illum agrum guarendare (h.e. gewehren.) p.423.n.13

Grundeygenthumb.

Hoc dominium habens dicitur dominus directus vel proprietarius. p.252.
Dominium tale quotuplex sit. Vid. *Dominium.*

H.

Hebræi.

Leges depositi Hebræorum exponuntur. p.386.
Hebræi ratione delicti a mandante nihil exigunt, sed à faciente. pag. 388.n.5.
Lege Hebræorum & Græcorum emptio venditio perficitur traditione. p.403.in fin.
Negotium alterius gerens an habeat jure Ebræorum contrariam actionem negotiorum gestionis. p.199.n.11.
Quid in aliis contractibus observarint Hebræi hoc legere licet *sub Titulo cujuslibet contractus proprio.*

Heres, Hereditas.

Quomodo liberis & Parentibus jure naturæ debeatur hereditas. pag. 239 n.6.
Quomodo reliquis cognatis. ibid.
Vox hereditatis in jure sumitur dupliciter objectivè & passivè. pag. 246.n 2.
Synonyma hereditatis. ibid.

Tres definitiones hæreditatis examinantur. ibid.
Quotuplex in universum hodie sit hereditas. ibid, n. 3.
Petitio hereditatis quatenus dicatur actio civilis, universalis, realis & mixta. ibid. n. 5.
Causa efficiens hæreditatis petitionis non est dominium sed jus hereditarium. p. 247. n. 8.
Hereditas verò & dominium differunt. ibid.
Jus hereditatis non dicendum est mixtum. ibid.
Dominium in heredem per additionem transfertur, possessio non. ibid. n. 9.
Petitio hereditatis non datur nisi hereditate adita. ibid.
Locus ubi agendum de hereditatis petitione est duplex videlicet vel domicilium defuncti, vel ubi hereditas sita. p. 241
Hereditas non potest dici sua quæ in intellectu consistit. p. 248. n. 9.
Instituitur vero hæc actio contra eum qui pro herede vel pro possessore possidet. ibid.
Non adversus possidentem titulo singulari. ibid.
Qui pro herede, vel pro possessore possideant. ibid.
Datur tamen hæc actio non nisi de hereditate defuncti. ibid n. 11.
Non solum rerum hereditariarum, sed & fructuum restitutio venit ex natura hujus actionis. ibid.
Hereditas quomodo differat a bonorum possessione. p. 249 n. 2.
Fideicommissariæ hereditatis petitio cui detur, contra quem, & qualis sit actio p. 250. n. 1.
Vendita actione hereditatis quid venditum intelligatur. p. 409. num. 6.

Hermaphroditus.

Hermaphroditum in rerum natura non extitisse male asseritur. pag. p. 67. n. 3.
Quando pro mare vel fœmina quoad Juris effectus habendus. ibid.
Hermaphraditorum triplex est differentia. ibid.

Homo.

Homines quomodo ex triplici statu dividantur. p. 56. n.
Quatenus leges de iis possunt constitui, considerantur vel separatim; (juxta bona animi, corporis, fortunæ) vel conjunctim, ut universitas. vel mixtum. ibid.

Honorarium.

Honorarium naturam contractus nominati non mutat, adeoq; mandatum non facit mercenarium. p. 388. n. 3.
Ejus definitio & homonymia. ibid.
Mandato extrinsecus accedit, unde actione mandati peti nequit. ibid.
Qua ergo actione id consequi possit. ibid.

I.

Impensa.

Impensæ rerum in Jure occurrunt triplices, necessariæ, utiles & voluptuariæ, quæ describuntur. p. 255.
Quid sit impensas *deducere & tollere.* ibid.
Quomodo eorum habeatur ratio in rei vindicatione, & quales possessor deducat. ibid.
In rem communem si quis impensas fecit, quâ actione à socio eas repetere possit. p. 299. n. 4.
Quæ sint impensæ funebres. p. 308 n. 6
Actione funeraria repetit eas creditor, quæ habent privilegium prælationis contra quoscunque defuncti creditores. ibid.
Expensæ in morbum defuncti etiam huc pertinent. ibid.
Si expensæ in re deposita sint factæ, eam depositarius tamdiu loco pignoris retinere nequit, donec solvantur. p. 382.
Nec enim hoc casu impensæ tribuunt jus in re. ibid.

Imperator.

Descriptio Imperatoris, & ejusdem electionis requisita. p. 50.
In tribus casibus huic electioni datur locus. ibid.
Hodie solus Imperator non condit legem universalem sed cum ipso Status Imperii. p. 49.
An veteres Imperatores Romani legibus fuerint soluti, & num idem ac hodiernis Imp p. affirmandum. p. 55.
An Imperator (vel Princeps) teneatur antecessoris sui acta probare. p. 63.
Quomodo ex contractu idem obligetur. p. 64.
Quatenus Imperator dicatur mundi dominus. p. 361. sub fin.

Incendium.

Quot modis contingat incendium. p. 90.
An in dubio incendium ex culpâ inhabitantium exortum præsumatur. ibid.
Si oborto incendio depositarius res suas praetulit, cum depositas servare potuisset, an ad earum æstimationem teneatur. p. 385.

Indebitum.

In indebito duo concurrunt negotia, alterum expresse agitur, alterum agi intelligitur. p. 337.
Ex quo negotio Condictio indebiti oriatur. ibid.
Accipiens indebitum quoad effectum obligationis quasi ex mutuo tenetur. ibid.
Descriptio indebiti ratione personarum inter quas celebratur. pag. 358. n. 4.
Ratione causæ efficientis remotæ aliud est indebitum & naturaliter & civiliter, aliud naturaliter indebitum, sed civiliter debitum, aliud indebitum civiliter, sed naturaliter debitum, aliud indebitum ope exceptionis, sed debitum civiliter & naturaliter, quæ species indebiti suis exemplis declarantur. ibid.
Debitum naturaliter, sed indebitum civiliter an, & quatenus repeti possit. p. 339. n. 6.
Indebitum solvens ex ignorantia Juris solutum non repetit. ibid. n. 9.

Infamia.

Infamia definitur. p. 181. n. 1.
Duplex est infamia, juris & facti. ibid, n. 2.
Sub distinctio infamiæ facti a Baldo tradita improbatur, & additur hujus ratio. ibid.
Infamiæ affinis est levis macula, quæ tamen pro infamia non habenda. ibid.
Talia macula laborant qui sordidum vitæ genus exercent, nec non ex corruptis natalibus orti. ibid.
Vulgus quandam statuit infamiam quæ revera nulla. ibid.
Causa efficiens infamiæ juris & facti declaratur. ibid. n. 3. & pag. seq.
Miles ignominiæ causa ab exercitu missus, item qui in scenam prodiit quæstus causa, nec non illi qui lenocinium faciunt, lege civili notantur infamiâ. p. 182 n. 5.
Mulieres quoque notoria scortatione turpem degentes vitam statim ipso jure sunt infames, mares vero non item, nisi per sententiam prius damnati. ibid.
Transigens de delictis privatis, & quomodo fiat infamis. ibid.
Ex personalibus actionibus ex contractu tantum quatuor infamiam irrogant. ibid. in fin.
Mulier intra annum luctus nubens quare jure civili fiat infamis. p. 183.
An perjurus, frivole appellans & cedens bonis, ipso jure sunt infames. ibid. in fin.
Infamiæ facti, & levis maculæ effectus recensentur. ibid. n. 8
Reus furti manifesti offerendo pœnam pecuniariam an evitet infamiam. p. 184. n. 9.

Inhabilis.

Gesta ab inhabili (incapaci) per errorem publicè electo, admisso, valent. Idem est in constitutis a Tyranno, arbitro servo, Notario, Episcopo, Consule putativo Secus est in intruso. p. 89.

Institor.

Qui nominentur Institores. p. 362. n. 1.
Si Institor accipiat pecuniam mutuo & det creditori chirographum, an per hoc dominum suum obliget. 363. n. 2.
Ex contractu Institoris heredes post præponentis mortem tenentur. ibid. n. 4.
Ex delicto Institoris non convenitur dominus. ibid. n. 5.
An Institor & durante & finito suo officio conveniatur. ibid. n. 6
Domino quomodo consulatur contra contrahentes cum Institore. p. 364. n. 7.

Interpretatio.

Interpretatio legum pertinet ad JCtum. p. 55. n. 8.
Eaque dicitur doctrinalis, & dividitur in explicativam, restrictivam, & extensivam. p. 56.
Regulæ interpretationum generales cum suis exceptionibus traduntur. ibid.
Interpretatio extensiva, restrictiva & magistralis variis explicatur exemplis. ibid & seq.
Additio de principiorum interpretationis certitudine, ex v. hypothesibus. p. 57. Interpr. universalis, generalis, specialis. Quicunque occurrunt circa specialem Legis interpretationem notanda. 106. Interp. authentica, scholastica, forensis, politica. Scholastica historica est cathiologica, pragmatica, analogica. p. 57. & seq. Forensis int. & duobus occupatur. Quæ politica.
Pacti obscuri interpretatio fit contra eum qui dicere potuit apertius. p. 161. n. 10.

Interrogatio.

Olim quæ fuerint interrogationes in jure. p. 102 n. 1.
Definitio actionis interrogatoriæ. ibid.
Cum interrogationibus quæ olim in jure fiebant, affinitatem habent quæ hodie vocantur interrogatoria (germanicè die Fragstücken) eaque in puncto probatorio ad eliciendam veritatem adhibentur. ibid.

Index-Judicum.

Differentia inter mandatarium seu delegatum, & pedaneum judicem. p. 96.

Man-

Mandata Jurisdictione quid transeat ad mandatarium Judicem, ex duabus dignoscitur regulis. ibid. n. 2.
Quis Judex pedaneus, & an hic habuerit jus citandi. p. 119. n. 3.
Generalis judiciorum divisio. & subdistinctio cum specierum explicatione traditur. p. 230. & seq.
Civilia Judicia quomodo expediantur. p. 231. n. 2.
Describitur Judicium civile & criminale. ibid.
Quatuor criminalia Judicia Atheniensium. p. 232. n. 5.
Item Judicium petitorium & possessorium. p. 232.
Judicium & vindicta de Jure naturali & positivo referuntur ad Magistratum. ibid. n. 15.
An Judex illud possit moderari quod Actor juramento in litem æstimavit. p. 331. n. 7.
An idem & hodie ubi juratum ex magna causa possit quandoque recedere ab eo, quod ipse taxavit, & aliter taxare. ibid.
Si Judici quid datum ut in bona causa pro donante pronunciet, an hoc postea à Judice possit repeti. p. 331. n. 3.

Juramentum.

Generalis Juramenti definitio. p. 322. n. 2.
Pactio non est causa efficiens Juramenti *in genere*, sed saltem decisorii. ibid. n. 4.
Ratione objecti dividitur in promissorium, confirmatorium ac decisorium, vel, *ut alii*, in assertorium & promissorium. ibid. num. 4.
Promissorium merum jure civili non obligat, secus jure gentium naturali & Canonico. ibid. n. 5.
Contractus Jure Civili invalidi secundum illud jus juramento non confirmantur, secus de Jure Canonico. p. 323.
Forma juramenti alia est substantialis, alia accidentalis. ibid n. 6.
Juramentum quod fit per falsum numen, & fidem humanam, propter formæ substantialis defectum est vitiosum. ibid.
[illegible] o juramento corporalis (des Corperlichen oder gelehrten Ayd) ibid.
Voluntarium, judiciale & necessarium definitur. ib. & seq. n. 7.
Voluntarium quare, nisi in certis casibus non retractetur. p. 324. num. 8.
Judiciale quis deferat, ac referat, & quo tempore. ibid. n. 9.
Juramento calumniæ quando locus. ibid.
Per procuratorem hoc præstari potest. ibid. in fin.
Jus commune hæredi, cum quo judicium cœptum non est, juramentum super facto defuncti deferri nequit. p. 325.
Judiciale juramentum adhuc requirit sententiam. ibid.
Necessarium est duplex, suppletorium & purgatorium, illud seu præsupponit requisita, & ei defertur qui semiplene probavit. ibid. n. 10.
Purgatorium ex officio Judex defert, idque non habet locum in criminalibus, exceptis paucis casibus. ibid.
In causis matrimonialibus juramenti purgationis quandoque obtinet. ibid.
Juramentum simplex & Conjuratorum. ib. & p. 326. num. 10.
Necessarium sententiam Iudicis requirit. ibid. n. 11.
Juramento necessario præstito si nova instrumenta reperiantur, ad nihilum illud redigitur, & causa agitur ex integro. ibid.
Ex juramento voluntario nascitur actio in factum personalis. ibid. num 12.
Ex necessario & judiciali est actio rei judicatæ. ibid.
Ex promissorio hodie condictio ex Canone. ibid.
Ex confirmatorio actio negotii confirmati. ibid.
Qui authores scripserint de effectibus juramentorum. ibid.
Varii effectus juramentorum per exempla explicantur. p. 327.
Juramentum tres habet Comites, *Veritatem, Justitiam, & Judicium.* ibid. n. 14.
Extortum juramentum jure civili non valet, secundum jus canonicum distinguendum inter facta, quibus accedit. ibid. in fin.
Dolo elicitum an valeat. p. 328.
Quæ sit juramenti remissio. Item absolutio, & cui competat utrque actus. ibid.
Juramentum in litem, non est species necessarii, sed decisorii juramenti, & dividitur in juramentum affectionis & veritatis. pag. 329.
Quatenus Iudex hoc deferre teneatur, vel non. p. 330 n. 3.
Juramentum affectionis non datur ob culpam levem sed latam, aliud dicendum de juramento veritatis. ibid. n. 4.
An hæres ejus cujus dolo res restituta non est, possit reo deferre juramentum affectionis. ibid.
Qui jurat in litem ibid.
Hic juramento in litem locus quoque est in actione reali, quoad personales, distinguendum, an sint bonæ fidei, an stricti juris. p. 331. n. 6.
Depositarius ob rem depositam amissam quatenus admittatur ad juramentum purgationis. p. 332.
Juramentum cautionis propter expensarum & juramentum propter damna. p. 331. in fin.

Jurisconsultus.

Jureconsulti quare dicantur sophi. p. 15.
Occupantur illi circa negotia publica & privata. ibid.
Malè definit JCtum Antonius apud Ciceronem. p. 22.
Jureconsulti æqui & boni notitiam profitentur. p. 23.
Quare nominentur juris conditores & authores, item Reichs oder Rechtsgelahrte. p. 24.
Jureconsultum non facit qualiscunque legum scientia, sed facultas eas ex æquitate interpretandi. ibid.
Idem leges de publicis causis latas quoque considerat, quod patet ex inductione librorum juris Justiniani. p. 29 in fin. & p seq.
Jureconsultorum veterum Romanorum catalogus. p. 42.
In Italia primo floruerunt Summistæ. ibid. n. 4.
Jurisconsulti propria est omnis circa jura legesque diffusa & Nomothetica & Dicastica Jurisprudentia. p. 25.
Quidam juris & judices periti non sunt legum conditores: quidam Legales. p. 26.
Jureconsulto historiarum & chronologiæ notitia necessaria. ibid.
Jureconsulti Rom. statuerunt superfœtationem. p. 182.
Inter JCtos olim fuit controversia de actione quæ detur ex pacto contractui bonæ fidei adjecto p. 436. n. 8.

Jurisdictio.

Tres jurisdictionis definitiones examinantur, & alia juxta mentem LL. Romanorum traditur. p. 102. n. 3.
Jurisdictio dividitur in propriam & mandatam seu delegatam. p. 95.
Causa mandatæ Jurisdictionis. p. 96. n. 2.
Merum Imperium jure civili non potuit mandari, excepto casu necessitatis. p. 97. n. 3 & 4.
Nec hodie illud mandari probatur. ibid. n. 4.
Cognitio de abolitione criminis cur mandari non potuerit ibid.
Quæ competunt specialiter non mandari contra Wesenbec. statuitur; quæ vero Jure Magistratus competunt, mandari possunt. p. 98.
Etymologia Jurisdictionis, & homonymia exponitur. p. 101. n. 2.
Jurisdictio secundum Jus Justinianeum non comprehendit merum imperium. p. 102.
Jurisdictio quomodo dividua transmissibilis, perpetua & juris publici. ibid & p. 103.
Jurisdictio jus divisiones ex Jure Romano. ibid, n. 5.
Homonymia & definitio meri Imperii. ibid. n. 6.
Sex gradus meri Imperii à Bartolo assignati rejiciuntur, & tres alii substituuntur ibid.
Mixtum Imperium definitur. ibid. n. 7.
Mixtum Imperium etiam inferiores Magistratus habere probatur contra Merillum cujus argumenta simul examinantur. ibid.
Jurisdictio inest mixto Imperio per modum antecedentis, mixtum Imperium cohæret jurisdictioni per modum accidentis. p. 104.
Actus jurisdictionis sunt distincti, alii simplicis jurisdictionis, alii mixti Imperii; quod variis declaratur exemplis. ibid.
Distinctio mixti Imperii à jurisdictione quam fovet *VVesenbecius*, improbatur. p. 105.
Jurisdictio voluntaria, contentiosa, delegata, & prorogata describitur, ejusque objecta indicantur. ibid n. 8. & p seq.
Jurisdictio statutaria, mixta, ut & prorogata legalis rejicitur. ibid.
Natura & divisio varia jurisdictionis juxta hodiernam praxin explicatur. ibid.
Omnimoda jurisdictione concessa, an omnes species concessæ intelligantur. p. 107.
Causa efficiens jurisdictionis veteris & hodiernæ quæ. ibid.
Consuetudine & præscriptione quatenus jurisdictio olim, & hodie acquiratur. ibid. in fin. & pag. 107.
Duo sunt modi præcipui eam prorogandi. ibid.
Quodnam sit ejus subjectum secundum jus vetus & novum. ibid. num. 10.
Quæ notanda circa personas, quæ vel jurisdictionem exercent, vel, quibus jus dicitur. ibid
An causa status *jure civili* & merum Imperium jure *canonico* mandari possit. ibid. n. 11.
An is, qui certos actus jurisdictionis in alterius provincia exercuit & præscripsit, censeatur totam jurisdictionem præscripsisse.
Effectus jurisdictionis præcipuus est jus in re, pro quo jure remedia *& petitoria & possessoria* competunt. ibid n. 13.
Quot modis jurisdictio expiret. p. 110. n. 14.
Quomodo jurisdictio prorogata pœnitentiâ finiatur. ibid.
Jurisdictionem per alternum usum dividi posse, probatur exemplo Celsissimorum Ducum Brunsv. & Luneb. *qui alternis annis utuntur Directorio circuli ...* alterius item temporibus *jure Patronatus & conferendi professiones.* p. 128.

Jurisprudentia.

Jurisprudentia debet tradi ordine analytico sive resolutivo. p.9.
Objectum, medium, & finis Dicasticæ Jurisprudentiæ explicantur. p.12.
Bona fortunæ non sunt objectum Juris. ibid.
Duo sunt præcipua nomina Jurisprudentiæ, facultas ll. interpretandi & de Jure respondendi. p.42.
De fine jurisprudentiæ dissentientium Dd. opiniones *præcipuè* Wesenbecii & Bachovii sententiæ examinantur. ibid.
Descriptio jurisprudentiæ secundum Suarezium. p.13.
Jurisprudentia & jus sunt synonyma. p.23.
Cur ars juris nostri sit prudentia. p.26.
Non potest definiri per Synesin, & quid hæc, ead. p. Jurisprud. certa est. p. 52. qualitas certitudinis, quæque ejus sint demonstrationes. ibid. quatenus sit universalium. ibid.
Ad quam prudentiæ civilis speciem sit revenenda jurisprudentia, examinatis variis Dd. opinionibus exponitur. p.23.& seq.
Quo respectu dicatur Scientia, Ars, Notitia, Sapientia. p.27
Non labitat jurisprudentia Rom. legum multitudine. p.50.
Maxima eius est dignitas propter Authorem Justinianum. ibid.
Jurisprudentiæ studiosus politicæ & historiarum peritia debet esse instructus. p.50
Datur extra Jurisprud. Roman. quædam absoluta & universalis: quæ duplex Nomothetice & Dicastice. p.25
De Nomothetica quoque agitur in Iure Romano. ibid.
Jurispr. cur alia dicatur theoretica, alia practica. p.26.
Perfecta & imperfecta, Naturalis, Artificialis. ibid.
Jurispr. Roman. re ipsa est universalis. p.ead.

Jus Nat. Gent. & Civile.

Jus naturale improprium tum brutis commune est, quoad nonnullos effectus. p.52.
In Iure gentium non facile demonstrationes inveniuntur, & quomodo id demonstretur. ibid.
An Ius Civile possit in artem redigi. p.21.
In definitione Iustitiæ particularis *jus suum* quid significet. p.15.
Homonymia & juris Etymologia variis exemplis declaratur. pag. 22.& 23.
Iuris divisiones à causa efficiente, objecto, & accidente communi desumtæ. p.29.
Ius publicum dicitur, tale, ratione causæ efficientis, uti etiam ab objecto & fine. ibid. & pag. seq.
Quod ad Politicam non referendum. p.30.
Iuris publici fundamenta tam propria quam communia unde sint petenda. ibid.
Ex principiis illud naturalibus, gentium & civilibus esse deductum, rejecta sententia Wesenbecii hoc negantis asseritur. p.31.
Ad ICtos pertinet p. 30. & sacrum, & publicum in specie. ibid. & vetus & novum. Non ad Politicam. ibid. Principia juris publici. Respondetur Bachovio jus sacrum ICti adimenti. ibid. Ius publ. sacrum est pars Codicis Iustinianei: Capita IV. juris sacri. Theologia ICtorum. p.31.
Iuris divisio in naturale, gentium, & civile, est à causa efficiente. ibid.
Iuris naturalis ambiguitas resolvitur. ibid.
Illud competere brutis multis argumentis negatur. p.32.
Et hæc sententia negativa jure Hebræorum etiam confirmatur. ibid.
Iuris gentium homonymia, illius introductionis causa explicatur. p.33.
Distinctio juris gentium in primævum & secundarium, neque realis, neque necessaria est. ibid.
Unicum vero est jus gentium, quod definitur. ibid.
Differentia eius & convenientia cum jure naturali. ibid. in fin. & p. seq.
Hæc, *meum, tuum, suum*, sunt ex jure naturali & gentium. p.34.
Variæ juris divisiones tam apud Philosophos quam ICtos receptæ. ibid.n.15.
Conciliatur Thomas cum ICtis. pag.ead.
Definitio juris naturalis ex Grotio & Hugone de Roy. p.35.
Quomodo illud vel mutabile vel immutabile. ibid.
Jus nat. quomodo fons sit omnis legum prudentiæ. ibid.
Quid jure naturæ honestum vel inhonestum, & unde hoc dignoscatur? d.pag.35.
Quæ mens aliorum populorum. ibid.
Quot modis quid juris naturalis esse dicatur. ibid.
Quæ juris gentium, an ad jus naturale referri possint. p.37.
Jus gentium obligat in modum legis tanquam pactum. p.34.
Venit Ius gentium nomine legis non receptum. p.ead.
Iuris civilis ambiguitas explicatur. p.37.n.17.
Iuris hujus necessitas. ibid.
Ius humanum à lege naturæ per modum conclusionis, vel derivationis deducitur. p.38
Quid jus civile vetus denotet. [illegible]
Objectum juris non rectè dicuntur personæ, res & actio[illegible]
Quodnam hodie dicatur jus novum. p[illegible]
Summa omnium jurium in mundo divisio, quod aliud pu[illegible] aliud privatum. [illegible]9
Iuris Romani origo divina, nat. gentium, civilis. Hæc depe[illegible] triplicis generis legumlatoribus. p.40

Ius in re.

Iurisdictio tribuit jus in re ad modum servitutis. p.[illegible]
Ex jure in re descendunt actiones reales, & dantur advers[us] quemcunque possessorem. p[illegible]
Ius in re (Germanicè ein Dinglich recht / Dinglich gerechti[gkeit]) definitur, & quintuplex illud esse probatur. ibid.
Iuris hujus in re distinctio in jus possessionis (Besitzrecht), & Jus dominii vel quasi (Eigenthum) non congruit legibus Romanis.
Non rectè dicitur *Maritum erga uxorem habere jus in re, Sponsum in sponsam* jus ad rem. [illegible]
Cujus farinæ & illud, *Uxoris esse dominum, eamque à Marito [illegible] dicari.* ibid.

Ius ad rem.

Differentia inter jus ad rem & jus personarum.
Ex jure ad rem (Germanis Schuld) oriuntur actiones, [illegible] personalia, quæ dantur solum adversus personam [illegible]
Ius ad rem propriè differt ab obligatione.
Eius definitio.

Iustitia.

Etymologia & homonymia justitiæ traditur. [illegible]
Iustitia universalis dicitur generalis virtus bifariam.
Iustitia harmonica, quæ aliis nominatur musica, & uni[illegible] soluta, rejicitur. p.[illegible]
Subjectum justitiæ est voluntas. [illegible]
Ratio denominationis Iustitiæ particularis. ib[id.]
Quando hæc constans & perpetua dicitur voluntas, non defin[itur in] abstracto sed in concreto considerata. [ib]id.
Suum cuique jus tribuere est actus iustitiæ particularis. [illegible]
Hanc rectè dividi in commutativam & distributivam [illegible] tur rationibus. [illegible]
Iustitia vindicativa non constituit singularem iustitiæ spec[iem, ut] volunt *Amesius* neque iuxta *Conimbricenses* ad [illegible] sed commutativam est referenda iustitiam.
Distributiva in quibus consistat, quid item commutativ[a] exponitur. [illegible]7
Divisio commutationum in voluntarias & invitas eleganter explicata fusius enodatur.
Exempla iustitiæ distributivæ aliquot recensentur.
Pœnarum inflictionem esse iustitiæ commutativæ, mul[tis] rationibus, simulque contradicentium argumentis [illegible]
Recensetur etiam sententia huius rei Samuelis Puffendo[rfii &] Samuelis Rachelii.
Iustitia universalis rectè statuitur finis Iurisprudentiæ. p.[illegible]
Iustitia merum, regularis recta, unde Ius rectum. [illegible]
Restricta, unde Ius restrictum: Benigna, unde Ius [illegible]
Iustitia naturalis & civilis.

L.

Landsassius.

Quatenus Landsassius ad Iudicium citatus comparere [illegible]
Landsassen / & Landsasserey item Domini territoriales, ac [terri]toriales sunt relata. [illegible]
Quatenus die Landsasserey aliquem faciat subditum. [illegible]

Legitima.

Ne Testatores Iudicio nimis vtgerioso uterentur [illegible] nis, & propinquos hereditate prorsus privaren[t] determinavit illam portionem, quæ necessariò [illegible] pinquioribus tribuenda, nomi[ne] [illegible]
Illa est relinquenda pro ratione necessitudinis [illegible] non tamen omnibus, sed certis nonnul[lis] [illegible]
Olim le[gi]tima quovis titulo relinqui poterat, nunc [illegible] stitutionis universalis.
Quod [illegible] nabus probatur rationibus, simulque Bacch. dissen[tienti re]spondetur.
Quâ actione defectus *legitimæ* petatur exponitur.

Legitimatio

Legitimationis per subsequens matrimonium effectus. [illegible]
An hoc modo legitimati succedant in feudis.
Legitimatio per oblationem curiæ [illegible] in cujus tamen locum oblatio monasterio facta non successit. p.[illegible]

[illegible] Rescriptum [illegible], & quis hujus [illegible]. ibid.
[illegible] ex Inducitur. ibid
[illegible] onium an sit ex jure naturali vel po[illegible]. p.73.

Læsio.

[illegible] tractum læsis, quatenus & quomodo succurratur. p. [illegible]5.
[illegible] facit contractum emptionis [illegible] nditionis irritum. p. 4[illegible] & 411.
[illegible] non item, quod secus est de jure naturali. [illegible]4 5.
[illegible] *contrahentibus hoc re semper naturaliter con[illegible]* non ita tote ligendum, qua[illegible] ure natu[illegible] sed quod [illegible] jure gentium & [illegible]. p.ead.
[illegible] contrahentis [illegible] tunc non modo jure natu[illegible] regitel[illegible] dat in contra decipientem [illegible] din [illegible]. ibid.
[illegible] di [illegible] explicatur. p 41 n.6.
[illegible] hoc est commune omnibus con[illegible] æ fidei. p. 411.
[illegible] robanda est vel per testes, vel ex oculari inspectione [illegible]tione. ibid.

Lex.

[illegible] p 52
[illegible] aliæ n[illegible] antes. p 55. in fin.
[illegible] obedientiam externam, contra Wesl. proba[illegible]. p.14
[illegible] traria. p.12.
[illegible] am dici naturalis. ibid
[illegible] onsiliaris Senatum. p. 48
[illegible] p 41
[illegible], quædam notabilia. ibid.
[illegible] & quæ dicatur legis actio. ibid.
[illegible] ria ibid.
p.46.
[illegible] a & aliorum exami[illegible] p.47
[illegible] cat. ibid.
[illegible] Wesenbecii sententia est erronea. p.48. n 5.
[illegible] requitat? p. [illegible]o.
[illegible] die negotia sunt definienda. ibid
[illegible] localem sanciat. p.49.
[illegible] habeat vim legis. ibid.
[illegible] unt facienda & non facienda. ibid. in fin.
[illegible]t. p.5[illegible]
[illegible] unt duo primaria legis effectus & virtutes. pag. 53. n 5.
[illegible] & simpl[illegible] iter convenit Juri naturæ. p 54.
[illegible] & promulgatione constitit. ibid. n. [illegible]
[illegible] turæ & Civilis obliget. ibid n. 9.
[illegible] m notanda, qu[illegible] tum alterum legislatoribus [illegible] contingit. p.55. n.8.
[illegible] bus, verbis & sententiâ. p.56.
[illegible] Imperatore lata. p.61. n.1.
[illegible] d quos inveniantur. p 62.
p 237 n 2.
[illegible] e extensiva interpretatio. p 361.
[illegible] næ Wysbienses. ibid.
[illegible] on raro gradus positivus pro superlativo & contra [illegible] ositivo reperitur positus. p.445.
[illegible] generis, primarius Majestas, secundarius Ma[illegible] JCtus. p 4[illegible]
[illegible] nter legumlatores, quales Græci & Romani interdum p 48.
[illegible] um summa autoritas [illegible] eædem revocatæ ad L. XII. p.50.
q[illegible] plurimum fiunt 51. quare hoc fiat. ibid unde [illegible] etenda. ibid.

Libellus.

[illegible] m judicialium *peto mihi jus & justitiam admini[illegible]* [illegible] 22.
[illegible] natum & articulatum descendit ex articulis [illegible]
[illegible] deducitur. ibid.
[illegible] vel inep[illegible] tus, obscurus, incertus, ge[illegible] ibid n 4.
[illegible] equ[illegible] ratur ibid. n. 6.
[illegible] exp[illegible] inatur nomen acti onis. ib[illegible] num
[illegible] ando ex facto, [illegible] de plures descendunt actiones, agitur ibid.
An libellus ante & post li[illegible] contestationem emendari possit. pag. 139 num. 8.
Quare licatur truncus arboris judicatur ibid n. 8.
[illegible] mutare & emendare libellum ibid.
In [illegible] actionis reali [illegible] caputum causam petendi proximam pag. 2[illegible] n. 6.
Contra in libello super actione personali satis est si exprimatur remota. ibid.

Litis Contestatio.

[illegible] respectu dicatur initium litis p. 222
[illegible] litis contestationem a[illegible] tione perpetuantur. ibid.
Alia est [illegible] rmativa a[illegible] egativa. p.231. n. 7.
A parte rei affirmativa [illegible] oque est litis contestatio, quod probatur con[illegible] tra Bach ibid.
[illegible] ontestationi definitio. ibid.
A [illegible] doli lapsu brevem petit, & litis contestatione non perpetuatur. [illegible] 234. n. 8.
Nec ante nec post litis contestationem super crimine non capitali licet transigere. vid. *Transactio*.

Locatio Conductio.

Quis Locator quis Conductor, in locatione rerum & operarum, & quæ utriusque officia. p.42[illegible] in fin.
Facta locati [illegible] ita ex duob[illegible] æstimantur. ibid.
[illegible] sint substantialia in [illegible]. cond. p.421.
Lo[illegible] homonymia & definitio. ibid. n. 5.
Quomodo differat ab emptio. vendit. ibid.
Wesenbec. argumentum quare hic contractus sit consensualis rejicitur. ibid n. 4.
In duobus casibus tacita locatio specialiter agnoscatur & occurrit. ibid.
Res & facta sunt o[illegible] cta Locat. [illegible] ond. ibid n 5.
Mer[illegible] est p[illegible] umenta. ibid. n. 6.
Ex locatione ad [illegible] non est dominium utile. pag 422. n. 8.
Contractus Societ. analogiam habet cum locat. cond. non tamen proprie ad eum pertinet ibid in fin.
Emptor non tenetur servare Contractum initum a venditore cum co[illegible] lono. p.23. n.15.
In locatione conductione generaliter præstatur culpa levis, in certis ca[illegible] sibus quandoque levissima. ibid. n. 15.
L[illegible] du[illegible] ionem de jure Saxonico hæredes locatoris ad im[illegible] plere [illegible] oguntur ibid.
Si mari[illegible] dotalem locavet [illegible] matrim[illegible] morte ejus dissoluto & tandem dotali [illegible] iduam revertente, eadem locatione per defun[illegible] ctum maritum facta stare no[illegible] ctur. ibid.
Quando Conductori ante finitam locationem liceat a contractu rece[illegible] dere. & quando idem possit ex[illegible] lli de prædio rustico & urbano item quid in his [illegible] libus de pensione expulsis [illegible] uendum. p.424
An locatori post finitum locationis tempus res locata statim sit rel[illegible] enda. p 42[illegible] [illegible] 15.
Contributiones & sumtus metatorios, Locator an Conductor inferre teneatur. p.426.

Ludus.

Ludus definitur. p 304. n.2.
Ejus divisio. ibid.
Quales sint liciti jure naturali, quales etiam concessi [illegible] ure civili pag. 305.
Alia sumitur generaliter p[illegible] nni ludo [illegible] specialiter pro usu [illegible] um, [illegible] harum p[illegible]latum. ibid.
Sulce[illegible] toribus aleatorum denegatur act[illegible] injurias illatas. ibid. n. 2.
Condict[illegible] o quando detur pro repetitione [illegible] notum in alea. ibid. n 4.
Quod [illegible] ludo creditur, an hoc Creditor possit repetere. ibid.
An victus teneatur solvere quod perdidit ibid.
An v[illegible] ori restituere teneatur lucrum sibi solutum ibid.

M.

Mag[illegible] ratus Romanus ejusque varia officia.

Vocabuli *Magistratus* apud Romanos [illegible] biguitas & different[illegible] ejus ab ali[illegible] s Gent[illegible] bus. p.84.
Dividuntu[illegible] Ma[illegible] str[illegible] us Romani in majores & minores, in urbanos, pro[illegible] vincial[illegible] & muni[illegible] pales [illegible] item in ordinarios & extraordinarios. p 84. & 85.
Senatus [illegible] non erat M[illegible] stratus. ibid.
D[illegible] dignitatis ibid.
Potestas & [illegible] p.86.
Officiu[illegible] & [illegible] esta præ[illegible] præfecto [illegible] b A[illegible] stis & in specie a tem[illegible] pore [illegible] sta[illegible] unt. ibid.
Quæst[illegible] in Æ[illegible] Pa[illegible] dit, Candi[illegible] dati [illegible] pa[illegible] Q[illegible] ercitus. p 87.
C[illegible] candi[illegible] ibid.
[illegible] ulis. p 88.
[illegible] ntum volu[illegible] & contentio[illegible] habuisse juris[illegible] dictionem statuitur contra Wesenbe[illegible] [illegible] 89.

Merum imperium illis bon tributum, nisi ex speciali concessione. ibid.
Quis Praetor Urbanus, peregrinus & in quem fuerit illi conlatum. ibid.
Jus dicerunt ordinariè vel extraordinariè. ibid.
Causa creati Praefecti ... illum. ibid.
Proconsules quot modis ... dicti. p.91.
Legati Proconsulis Jurisdictio an fuerit propria, vel mandata: Et cum habuerit merum Imperium. ibid.
Origo Praefectorum Augustalium & eorum potestas. p.92.
Praesidi Provinciae merum Imperium competiisse & jus deportandi cooperta W... Ilatuitur. p.93.
Potuit ... tionem mandare. ibid.
Quis fuerit Procurator Caesaris, alias rationalis dictus. p.94.
Habuit hic aliquam jurisdictionem non verò merum Imperium. ibid.
Juridici Alexandrini potestas cui duo specialiter concessa. ibid.

Mandatum

Aequivocatio & definitio mandati p.188 n.2.
Ejus ob ... tum sunt facta futura & honesta. ibid.n.5.
In de ... casu secoto & mandans & mandatarius adstricti sunt. ibid.
Propter h... diversos mandatum variat. ibid. n.7.
Quomodo fiat tertii causa ibid.
An patientia sicentis alium suo nomine in judicio contendere, pro mandato sufficiat. p.390.in fin.

Meretrix

Tempore Ulpiani JCti meretricia professio jure positivo fuit licita. p.135
Jure naturali illa ex se & ratione objecti est turpis. ibid.
Licet meretrici quà tali praevià stipulatione quid promittatur, inde tamen haec nullam habet actionem. ibid.

Metus.

Vis & metus quomodo differant. p.206.n.2.
Sunt certi casus quibus quae metu facta etiam ab initio non valent. ibid n.2.
Ejus definitio & divisio. ibid.
Conjectus in carcerem si quid metu promiserit an & quando restituatur. ibid.
Ob metum reverentialem qua talem nulla est restitutio. ibid.
Neque ex metu infamiae ibid.
Contrarium tamen affirmatur de metu gravi fortunarum, ibid in fin.
Si metu reverentiali an levioti ... quam ut operetur restitutionem ex edicto, quod promissum aut factum, dari potest restitutio in integrum saltem ex officio judicis p.207.
Si pluter metum admiserint & unus fuerit conventus, hucsponte ante sententiam solvente, an caeteri liberentur. ibid n.4.
Actio quod metus causa est in rem scripta actio. ibid.
Metu gestum an valeat jure naturali. p.... n.5.
Agens contra Tertium actione quod metus causa, an et cogatur pretium refundere quo ... sorte emendo impendit. p.209
An exceptio metus objici possit propter decretum à Judice executionem. ibid.n.9.
Metus non praesumitur sed probari debet. ibid.in fin.

Mobilia.

Mobilia Germanicè dicuntur bewegliche Güter / fahrnüß / fahrende Haab / alles das getrieben oder getragen werden mag. p.82
Res mobiles quandoque pro immobi... habentur. ibid.
An haereditas, item actiones ad res mobiles, an immobiles referendae. ibid.
Mobilibus legatis fructus pendentes non continentur Iure communi secus ac Iure Saxonico. p.83
Pisces in piscina ... propagationis & perpetuè usus causa pro immobilibus, ... custodiae ... pro mobilibus habentur. ibid.
Mobilia quandoque ut species f. corpora, aliquando ut quantitates deponuntur. p.104.
Inter dum sunt res dividuae; nonnunquam individuae. ibid.in fin.

Minor.

Minores in contrahendo laesi quomodo in integrum restituantur. Vid. Restitutio in integrum.
Quatenus minores p... & obligari queant. p.157.
Quae ... contra Tutorem vel Curatorem jus ... mittentem. ibid.
Minor an possit ... Officio Procuratoris. p.190.
Aetas minoris quomodo probanda. p.216.

Molendinum.

Alia molendina sunt aedificata in ripis fluminum (Wassermühlen) quaedam nominatur aquatica (Schiffmühlen) ... (Windmühlen) quae omnia an ... p.61.

Monarcha.

An Monarcha sit legibus solutus.
Status hodiernus Imperii Romano Germanici, ex Aristocratia & Monarchia est mixtus.
Hinc leges civiles quae de puro Monarchico statu loquuntur ... Imperatori attribui nequeunt.

Monopolium.

Non omne Monopolium est illicitum sed pro diversitate modorum quibus contingit quandoque concessum.
Triplici modo exercetur Monopolium. ibid.

Monstrum.

An Monstra pro liberis habeantur.
Et in quibus casibus olim matri prodesse potuerunt.
Referuntur ad partum non naturalem.

Mulier.

Naturaliter obligatur, cui tamen obligationis jus civile non ...
Mulier intercedendo vel personam vel res suas pro alio ob... ibid.
Quomodo SC. Velleiano Mulieri succurratur ...
Mulier gravida ultimo supplicio damnata servatur ... tum ...
Eadem quoque dum est praegnans torturae non subjicitur
An talis ... gravida, a relegatione exempta.
Mulieres de Iure Saxonico non habent personam standi in judicio quemadmodum ... a judiciali citatione.
Mulier de jure civili in propria causa & persona, agendo ... in judicio comparere potest, secus ac Iure Saxonico quod sine Curatore ad litem agere nequit.
Mulier nimia reverentia erga Maritum res suas vendens ... in integrum.
Ratio duplex datur quare mulieribus non liceat intra annum ... nubere.
An mulier alterius procuratrix esse possit.

Mutuum.

Creditum strictè sumptum significat mutuum.
Mutuum est contractus nominatus non ob usum frequentem formam specificam.
Cui ... Iuris.
Vulgaris divisio mutui in naturale, civile & mixtum ... chovii sententia, mutuum distinguens in Verum ...
Praesumptum mutuum ipsi est literarum obligat... latenti esse jure civilis contractum, & non ... atque ... Bachovii argumenta examinantur
Tradi... ad formam pertinet.
Non potest plus reddi ex mutuo quam mutuò acceptum.
Si convenit ut pro eo. mutuo datis ... reddantur ...
Objectum mutui aliud formale, aliud materiale.
Quae excluduntur ab objecto mutui.
Forma ejus consistit in rei traditione & obligatione
Non sufficit mutuantem esse dominum ... adeptum esse eum ...
Mutuum non contrahitur si deficiat ... el consensus vel res. quod verò utrumque contingat traditur.
Obligatio reddendi mutuum ... includit.
Mutuum non usufructus, non locatio, nec commodat... alienatio.
Substant... duo sunt.
An in mutuo ... vertatur.
Rationes hujus ... Autorum.
Quomodo ... quot modis ex mutuo agi possit
An resp. ab ... mutuo coolitere possit ... rationibus hinc ... N.

Naufragium. Nauta

Quomodo Nautae ex quasi contractu ... tenentur ... tis in navem.

Quae

[illegible] & quando eadem cesset. ib.
[illegible] ejus fiant propria bona nau- [illegible] appulsa, est iniqua p.364 n.3
[illegible] non est directus in dominum amissio- ibid.
[illegible] at statim perierat, fiunt occupantis ibid.

Negotiatio.

[illegible] ac necessaria. p.384.
[illegible] modo habeatur moraliter bona. ibid.
[illegible] ta & periculosa. ibid.

Negotiorum gestio.

[illegible] p.294.
[illegible] gestionis est quod fiat alterius [illegible] ac [illegible] de negotio gesto ordinario, aliud dicendum de [illegible] ordinario. p.294.n.1.
[illegible] egotia geruntur quatuor modis. ibid n.4.
[illegible] mortui & nondum nati negotia gerantur. ibid.n.6.
[illegible] tionis negot-gestionis. ibid.n.8.
[illegible] non [illegible] praetoria, sed civilis. ibid n.10.
[illegible] m gestor tenetur ad culpam levissimam. ibid.
[illegible] competentes gestori quando cesset. ibid.n.11.

Nummus.

[illegible] nummi. p.396 n.2.
[illegible] & ethnici. p.397.
[illegible] puli his usi sint nummis in contractu emptionis-vendi. ibid
[illegible] ento licet nummi usu, sine nummis possit dici [illegible] & definite ac indefinite concepta explicatur. ibid.
[illegible] celebratur contractus emptionis venditionis, [illegible] quidem talis nummus in jure civili pretium non est. p.398.

Nuptiae.

[illegible] s conjugalis potestatis secundum LL. civiles Justinia- [illegible] etiam jus consuetudinarium. p.74.
[illegible] nubens non modò liberatur à patris pote- [illegible] transit in potestatem sui mariti; hoc verò [illegible] familiam & dignitatem. p.75.
[illegible] fidem de celebrandis nuptiis, potest seque- p.384.
[illegible] est quidem nuptiarum necessarium [illegible] tamen de earum essentia. p.73.
[illegible] ullo metu factum ipso jure civili est nullum. pag. 206.n.1.

O.

Obligatio.

[illegible] egis effectus. p.54.n.7.
[illegible] naturalis, quaedam civilis, quoad obedientiam, [illegible] ferentiam & latè. ibid.
[illegible] gatus Antecessori sui acta probare, item, quomo- [illegible] obligetur. Vid. *Imperator.*
[illegible] contractibus nascatur, legere licet, *sub Titulis* [illegible] *proprii.*
[illegible] tria includit. p.314.
[illegible] jurantem obliget etiam in obligatione fa- p.327.
[illegible] matrimonii causa, simul se obliget [illegible] matrimonium. p.321.
[illegible] actiones. p.339.
[illegible] conditio ex lege, quandoque est immedia- [illegible] quandoque mediante facto aliquo hominis ex lege p.344 n.3
[illegible] & secundaria. p.354 n.1.

Oppignoro.

Ordo.

[illegible] compositivus, alius analyticus vel reso- [illegible] hunc disciplinae practicae libri vendi- p.9 n.1.
[illegible] an lectorum ea, quod ostenditur ex quinque p.10.
[illegible] antium est juris naturalis. p.31.

P.

Pactum.

[illegible] p.150
[illegible] ibid
[illegible] ferunt non usu Juris ibid
[illegible] ctum eoque sensu probatur defi- ibid
[illegible] Bach. & Wesenb. ibid.

Pactum tealiter distinguitur in nudum & non nudum affirmatur, & si- mul respondetur Wesenbecio dissentienti. ibid.in fin.
Definitur pactum non nudum, ejusque secundum Dd. divisio varia exprimitur p.151.
Vestitur pactum dupliciter videlicet intrinsecè ex se & sui natura, at- que extrinsece & ex accedenti. ibid.
Definitio pacti nudi. ibid.
Pactum in speciali significatu describitur ejusque definitio Wesenbe- ciana examinatur. ibid.in fin.
Quomodo ab hoc differat pactum nudum, quod dicitur dupliciter. p.151.
Jure nat. & gent omnia pacta sunt vestita. ibid.
Differentia pacti & pollicitationis. ibid.n.3.
Pactum non semper de re certa, neque suis natura gratuitum esse pro- batur, ibidem respondetur Bachovio dissentienti. ibid.
Pactum liberatorium aliud personale, aliud reale. ibid.
Vocabulum verò personale & reale ambiguum est. ibid.
Pacta in specie dicta sunt stricti juris. ibid.
Adjecta contractibus an eorum naturam assumant. ibid.
Definitio pacti legitimi Wesenbeciana rejicitur. ibid.
Illud dividi in liberatorium & obligatorium, hoc vicissim in legiti- mum specialiter sic dictum & Praetorium, variis exemplis ex- ponitur. p.153.
An pactio & conventio sint synonyma. p.150.
Juris gentium conventiones quaedam pariunt actiones quaedam ex- ceptiones. p.151.
Conventio alia est publica, alia privata. ibid.
Divisio conventionum Wesenb. & Bach. in nomin. & innominatas rejicitur ibid.
Pacta nuda ante implementum esse Contractus innominatos malè statuit Besoldus. ibid.
Taciti pacti exempla. p.154.
Divisio pactorum in personale & in rem est subdivisio pacti liberato- rii. ibid.
Quomodo in rem, quomodò in personam paciscatur. ibid.
Et pactum hoc in personam ad heredes non transit regulariter, quan- doque tamen & aliis prodest. ibid.
Pactum judiciale jure civili non parere actionem defenditur contra Wesenbec. ibid.
Pacta aliquando ex statuto requirunt judicialem confirmationem. ibid.
Pactum fit per consensum, hic vero deficit vel ratione pacti, vel per- sonarum paciscentium. ibid n.5.
Objecta pactorum sunt res & facta. p.156.n.6.
Res aliena quod objectum sit pacti *terminis habilibus* probatur con- tra Wesenbec. ibid.
Non concessum Advocato cum cliente pacisci de quota litis. p.157.
Pacta successoria indistinctè non sunt illicita. ibid.
Pactum renunciativum. ibid.
Quando de injuria pacisci liceat. ibid.
An pactum nudum habeat formam. ibid n.7.
Notarius pro absente absque mandato pacisci nequit. ibid.
Pacti promissoris bonis non est donatio. ibid.
Ex pacto quovis de jure naturali oritur efficax obligatio & actio. ibid. in fin. 9.
Jus naturale distinctionem contractuum in nominatos & innomina- tos, item pactorum in nuda & vestita ignorat. p.158 n.9.
Ex nudo pacto de Jure Civili datur exceptio ibid.
Ex quovis pacto deliberato non oritur obligationem & actionem [illegible] Civili, defenditur contra Marterium ejus [illegible] argumen- ta refutantur ibid.
Ratio *à posteriori* & *à priori* adducitur, quare nudum pactum non pro- ducit obligationem. ibid.
Quam non rectè exprimunt Wesenb. & Connanus ibid.
Regula Wesenbecii de nudo pacto cum suis exceptionibus examina- tur p. [illegible]
Pactum stipulatione munitum vi sua obligationem producit. ibid.
An idem de pacto jurato dicendum. ibid.
Ambiguitas τῶ nudi & pacti nudi per exempla declaratur ibid.
Pacta adjecta licet in se nuda, tamen Jure Civili producere obligatio- nem & actionem probatur, & Bachovii argument [illegible] tium eliditur. p. [illegible]
Definitio pacti adjecti, ejusque diversae divisiones exponuntur. [illegible]
Quando adjectum contractui in continenti. ibid.
An tale pactum adjectum producat obligationem an exceptionem [illegible]
Sitne continenti, vel ex intervallo adjectum contractibus [illegible] sualibus, quae ratio. ibid.
Pacta adjecta in continenti etiam insunt stricti juris judiciis ad agen- dum. p.161
Pactorum adjectorum diversa ratio est ex jur. naturali. [illegible]
Pactum munitum chirographo est contractus innominatus [illegible]
Pactum scripturâ non vestitur.

Juris

Jure Canon. & hodiernis moribus ex pacto nudo obligatio & actio ori[illegible] p.102.
[illegible]ctoandulus contractus. ibid.n.11.
Pacta dispositiva seu dividendæ hereditatis quatenus licita. p.408.n.2.
Pactum de [illegible] vendendo fit triplici modo. p.413.
Pacta quædam in emptione vend. olim usitata enumerantur, quarum hodie nulla utili[illegible]s. p.415.
Stipulatio, pactum nudum & juramentum jure nat. & Can. quoad vim obligandi æquipollent. p.43 in fin.
Pactum quat. lex est. p.41. & 47.

Pandectæ.

Pandectarum notatio, & quâ figurâ à Græc. & Latin allegentur. p.7.
Pandectarum liber Amalphi inventus à Lothario Imperatore, hinc Pisas, postmodum Florentiam translatus p.8.
Duplex earum occurrit editio, quarum præ valet Florentina, propter authoritatem & præstantiam insignem. ibid.
Ejus editionis textus non temerè à JCto corrigendus, adeoque emendationes Cujacii improbantur. ibid.
Pandectarum excellentia præ Codice Justinianeo probatur, simulque divisio illarum tam ex mente Imperatoris, quam interpretum traditur. p.9
Quo ordine tradatæ, ac quali tradi debeant. ibid
Vocabula quæ [illegible] barbarismum subolere videntur, quandoque in Digestis occurrunt, non tamen ea rejicienda. ibid.
Pandectarum partis specialis initium. p.65 n.5.
Pandectæ tractant etiam omnium legum prudentiæ communia, nec nudam scita legum, sed juris artem veramque Philosophiam p.25.

Partus.

Quando existens in utero pro nato habendus. p.68.
Partus humani diversa conditio. ibid.
Alius naturalis & legitimus. ibid.
Mortuo [illegible] editus pro partu non est, cum rat. dub. & decidendi proposita. p.70.
Qualis sit à septimo mense ad decimum. p.68.
Quid de [illegible] septimestri statuendum. ibid.
Quid de partu octimestri, nonimestri, & decimestri dicendum. p.69.
Alius partus non naturalis & illegitimus. ibid.
Si hodie contractis sponsalibus sponsus ante ἱερολογίαν cum sponsa concumbat, & non secutis nuptiis decedat, num inde natus pro legitimo habendus partu. p.73 n.2.
Quid statuendum si talis conceptus ante nuptias, in conjugio nascatur. ibid.

Pater.

Hodie Pater potest curare filium inobedientem incarcerari, & Judici puni[illegible]ndum offerre p.74.
De bonis [illegible] eorum eman[illegible]atorum Pater non rectè transigit, neque etiam de bo[illegible] castrensibus vel quasi castrensibus Filii, quem habet in potestate, quoad bona adventitia distinctio notanda. p.168.
Quomodo Pater ex contractu filii quem navi præfecerat conveniatur. p.360. Duo sunt principia, unde parens ratione filii obligetur, voluntas [illegible] & utilitas. p.370.
Aliquando & pat[illegible] prodest SCtum Macedonianum, adeò si forte filio defuncto in bonis maternis & adventitiis succedat, ut ex ejusmodi bonis filii nomine quicquam solvere non teneatur. p.368.n.8.

Patria potestas.

Qui liberi sint in patria potestate. p.72 n.2.
Hæc seu die Väterliche Gewalt diverso respectu juris est naturalis gent. & civilis. p.74.
Pater filium tempore famis vendens, non facit hoc ratione patriæ potestatis, sed necessitatis, adeoque etiam idem matri competit. ibid.
Qualis hodie sit potestas Patris in liberos. ibid
Patria quænam potestas quoad usumfructum bonorum adventitio[illegible]. ibid.
An per matrimonium solvatur illa potestas, ut & per separationem bonorum p.[illegible]9 n.7.

Peculium.

Peculii definitio. p.369.
Actio de peculio hodie non datur contra patrem filiifamilias contrahentis. ibid n.4.
Quæsita ex procuratione non pertinent ad quasi castrense peculium, sed ad adventitium nisi quis sit Procurator juratus Cameræ Imper[illegible]lis. p.193.n.10.
Quoad peculium castrense non subjacet Testamentum querelæ de inofficioso. p.241 n.[illegible]
Peculium [illegible]ando subsit sequestrationi p.183.
Solut[illegible] emancipationem vel [illegible] manumissionem patria potestate, olim stricto j[illegible] simul extinguebatur peculium [illegible] infami [illegible] emancipati profectitium p.370.

Pecunia.

Pecunia potest con[illegible] vel ut est [illegible] materia & certo constans pondere [illegible] [illegible]
Si pecuniam alicui do quatenus est corpus, ut rem recipiam celebratur permutatio, si verò eam prout est quantitas al[illegible] bratur emptio venditio. [illegible]
Pecunia quatenus vel rebus mobilibus vel immobilibus an[illegible] [illegible]tur. [illegible]
Pecuniæ mutuatæ duplex est bonitas intrinseca & extr[illegible] consistit in duobus. p.[illegible]
Pecunia ex natura mutui non est reddenda in eadem mo[illegible] p.[illegible]
Mutata pecuniæ bonitate extrinsecâ, valoris redditio facienda [illegible]dum valorem, qui est tempore solutionis, Mutata ver[illegible] bonitate intrinseca, solutio fit secundum tempus contractus. ibid.

Pœna.

Jus irrogandi pœnas, & coercendi delicta, penes quos ini[illegible] fuerit & quibus postmodum concessum. p.[illegible]
Aliæ pœnæ adimunt vitam naturalem, quædam sunt morti naturali proximæ, nonnullæ existimationis periculum [illegible]ducunt. p.[illegible]
Quo tempore adulterio imposita pœna capitalis p.[illegible]
In popularibus actionibus pœna regulariter applicanda est [illegible]ctori. [illegible]
Quænam pœna albi corrupti.
Qui capitis damnatum vinculis eximit, an in pœnam criminis [illegible] læsæ Majestatis incidat. p.124.n.5
Damnati ultimo supplicio hodie non fiunt servi pœnæ. p.[illegible]
Jure canonico civili. & consuetudinario quæ sit pœna perjurii. p.[illegible]
Si quis ex mandato alterius aliquem interfecerit, quâ pœna & mandans & mandatarius afficiendus. [illegible]8.

Periculum.

In contractibus tam bonæ fidei quam stricti juris, quomodo & [illegible] bus damna præstanda certis exponitur regulis. p.[illegible]
Periculum rei furreptæ ad furem pertinet p.34[illegible] 8.
Creditor pignore casu amisso actionem non amittit, sed nihil[illegible] minus creditum suum repetere potest. p.[illegible]
Secundum Jus Saxonicum contrarium obtinet, sed inique. ibid.
In contractu pignoris casus fortuitus regul[illegible]riter, est debitor[illegible]
Casus fortuitus in contractu depositi regulariter pertinet ad[illegible] tem. [illegible]
Damnum ex causis intrinsecis naturalibus natum, quale [illegible]
In contractu mandati casum fortuitum præstat regulariter mandatarius. ibid.
Ubi sub lege commissariâ celebratus est contractus emptionis venditionis, emptor, ut alias simplici emptione vend[illegible] ne[illegible] effectis, periculum rei sustinet. [illegible].408 or.
Casus fortuitus in locatione conductione de jure naturali [illegible] conductoris. p.424 [illegible]6.
Et fructuum locati prædii periculum, antequam solvat pensi[illegible] ad eundem spectat. [illegible]
Quoad casum fortuitum jus civile tamen distinguit, adeoqu[illegible] dantur regulæ. p.425
In contractu æstimatorio ad quem pertineat rei periculum. p.[illegible]7.

Perjurium.

Perjurium & perjurius describitur. [illegible]52 n.[illegible]
Perjurium contra Deum factum, quale jure Romano, C[illegible] & moribus hodiernis habeat pœnam [illegible]

Permutatio.

Ambiguitas vocabuli permutationis. p.418.
Rei alienæ non est permutatio. ibid.n.9.
[illegible]ransfert dominium vel jus aliud in re. p.419.
Contractus permutationis & do ut des, non differunt. ibid.
Quæ sint partes permutationis p.[illegible]
Non perfici ut [illegible] consensu. [illegible]
In permutatione locum habet *[illegible] & actio redhibitor[illegible]* [illegible]
Ex permutatione ante implementum non fit acti[illegible]
Statim ex traditione alterius re[illegible] ansfertur dominium [illegible] al[illegible] ex parte nondum sit res tradita.
Si pecuniam dem, ut rem recipiam, an sit do ut des [illegible] ve[illegible] an vero emptio ven[illegible]o.
Quod concessum [illegible] ut [illegible] qui in permutat[illegible] obtuli, p[illegible] er moram [illegible] po[illegible] rei datæ [illegible] contra [illegible],an hoc [illegible] & contra jus naturale.

Philosophia.

Cognitio mediorum & fin[illegible] de[illegible] ex [illegible] losophia.

[illegible] Jurisprudentes veram non simulatam Philosophiam affectaverunt. ibid.
Quod homines metu pœnarum, & præmiorum exhortatione meliores efficiantur, ejus elegantem suppeditat Philosophiæ rationem. p.14.
[illegible] unctissima sunt studia Philosophiæ practicæ, & jurisprudentiæ, ut separari non debeant. p.24.
[illegible] m [illegible] est factum quod possit locari p.421.
[illegible] datur Philosophiæ Professoribus pro informatione, non dicitur merces, sed honorarium vel salarium. ibid.n.5.
[illegible] hia juris quid p.25.

Pignus.

[illegible] nis ambiguitas, & quomodo vel differat vel conveniat cum hypotheca, exponitur. p.354.
[illegible] pothecæ triplex constituitur. p.355.
[illegible] quando que est contractus ibid.n.2.
[illegible] sa efficiens duplex, *Homo & Lex.* ibid.n.3.
[illegible] ignoris divisio. ibid.
[illegible] quando in consensu, non est contractus nominatus consensualis. ibid.
[illegible] res alienas liceat oppignorare. p.356.n.5.
[illegible] stitutio ex lege civili Ebræorum qualis. ibid.
[illegible] m Jus Saxonicum res pignorata, simulac traditur, ex dominio & possessione debitoris, & transeat in creditorem, [illegible] antiquitatem sapit. p.358.
[illegible] ignus habent pro titulo dominii translativo, sed Jus [illegible] a dominio accurate distinguunt. ibid.
[illegible] bo iorum possessores cautionem præstantes de Judicio [illegible], & judicatum solvi, num teneantur bona specialiter oppignorare. p.12b.
A [illegible] sensu judicis, sub quo sunt, ea oppignorare, & consen[illegible] in loco ubi litigatur. ibid.

Possessor Possessio.

[illegible] tantò quod per additionem possessio rerum hereditariarum [illegible] qui ratur. p.247.
[illegible] dis. ibid.n.9.
[illegible] ore poss[illegible] etc. p.245.n.10.
[illegible] contra possessorem hereditatis non datur actio in solidum. ibid n 10.
[illegible], vel malæ fidei possessor ratione petitionis hereditatis in[illegible] atur & quæ nec que restituere cogatur. ibid.
[illegible] possessor contra quem rei Vindicatio instituitur. p.253.
[illegible] quatenus malæ vel bonæ fidei possessor in rei vindicatione percipiant & lucrentur fructus certis regulis exponitur. p.254
[illegible] quemvis possessorem excepto verò Domino datur actio Publiciana. p.25[illegible] n.6
[illegible] possessorem non datur actio noxalis. p.295.194.
[illegible] nemo turbandus. p.3[illegible] in fin.
[illegible] vacuam possessionem transferre teneatur, & quæ in v[illegible] p.404.

Postulare.

Advocare.

Præscriptio.

[illegible] impropriam præscriptione *hodie* acquiritur, secus est de jure [illegible]. p.1[illegible]
[illegible] qui jurisdictionem præscribere valeat. ibid & p.seq.
[illegible] per citationem interrumpitur. p 122.
[illegible] Jus civile ad præscriptionem requiritur ab initio tantum bona fides, de jure verò canonico bona fides continuata est [illegible], & debet adesse omni tempore in usucapione p.257.
[illegible] Retractus Gentilitii & conventionales [illegible] p.413
[illegible] non præscribitur. ibid.

Prætor.

[illegible] potestas qualis fuerit apud Rom. p.48.n.3.

Principia.

[illegible] justi & injusti in universum ordinaria sunt, extraordinaria & singularia. Ordinaria vel communia, vel propria. Illa per [illegible] ationem propria sunt. Hæc sunt vel interna, externa, [illegible]. Interna vel naturalia i. gentium, vel civilia. Natu[illegible] R[illegible] deducta, aut a Lege, vel a Justitia & Injustitia [illegible] & uni[illegible], simpliciter vel secundum quid. p.82.
[illegible] is prudentiæ ex quonam jure & quomodo decernatur. p.52.

Privilegium.

[illegible] a nominarunt *leges privas.* p.61.n.2.
[illegible] privilegii divisio explicatur. ibid.& seq.
[illegible] concessa sunt privilegia [illegible] Bononiensis. Hinc [illegible] vocari solet *ad instar.* p.63.
[illegible] aucto (per novas concessiones) non augetur quoque privilegium *ad instar.* ibid.

Effectus alii privilegii sunt speciales, alii communes. ibid.
Quid sentiendum de privilegiis de non evocando. p.95
Qualia hodie habent plurimæ civitates inferioris Saxoniæ. ibid.
Variis modis finitur. ibid.
Filii, privilegio Patris, quod post eorum nativitatem est adeptus, quoque fruuntur. p.85.
Sumptus funebres quale habeant privilegium. p.308.n.6.

Προαίρεσις.

προαίρεσις in delicto consideranda. p.19.
Num est proxima justitiæ legalis causa. p.15.n.6

Probatio.

Plenè, specificè, & exactè consuetudo probanda. p.61.
Quando decem Testes quid probant, dicitur *probatio per turbam.* ib.
Attestatio Doctoris facit probationem præsumptivam. ibid.
In restitutione minoris, quando ætas ejus probanda est, parentum libri & testimonia, semiplenam solum faciunt probationem. p.216 n 6.
In actione confessoria probatio incumbit Actori, in negatoria Reo. p.289.
Quænam probanda veniant in confessoria actione. ibid.
Voluntarium & judiciale juramentum plenam facit probationem. p.327.
Insuper cui probatio in contractu dispositi cui incumbat. p.385.

Procurator.

Procurator Cæsaris singulare quid habuit præ aliis procuratoribus. p.94.
Pro alio postulare, & procuratorem agere, differunt definitionibus. p.196.
Vocis *procuratoris* homonymia explicatur. ibid.n.1.
Procuratorum negotia alia judicialia alia extrajudicialia. ibid.
Ratione objecti, Procurator alius est bonorum alius litis, & uterque generalis vel specialis. ibid.
Procurator in rem suam, quis, & quot modis constituatur. ibid.
Causa efficiens eorum est consensus constituentium. p.191.n.4.
Procurator constitutus ad singularem actum, illum excedere non potest. ibid.n.4.
Quinam dent Procuratorem, & qui possint dari vel non, per exempla egregie explicatur. ibid & seq.
Ante Justinianum infamis non potuit esse procurator, hunc tamen idem admisit propter certas causas. p.192.
Jus Canonicum id rejicit, quod hodie judicia observant. ibid.
Invitus, cæcus, & absens regulariter procurator non constituitur. ib.
An in judicio plures possint constitui. ibid.
Conjunctæ personæ, sub cautione rati, huic muneri præficiuntur, quæ autem illarum personarum nomine veniant, indicatur. ibid.in fin.
An in causis Criminalibus admittantur procuratores. ibid.n.5.
In judiciis privatis famosis quando civiliter agitur, item in interdicto de liberis exhibendis Procurator non rejicitur. p.193.
In mandatis Procuratoris clausula rati & promissio satisdationis non est necessaria. ibid.n.6.
Actoris & Rei Procurator quomodo de rato caveant. ibid.
Nonnullæ constitutiones procuratoriæ requirunt speciale mandatum. ibid.
Subscriptione & sigilli appositione junctim indiget constitutio. ibid.
Præsumptive quomodo probetur Mandatum procuratorium. ibid.
Secundum praxin hodiernam, sententia in dominum, non in Procuratorem concipitur, secus de jure civili. ibid.in fin.
An Dominus ex gestu Procuratoris possit agere non cessis actionibus, sc. & ex stipulatu & judicati. p.194.
Procurator datus ad totam causam, necessariò tenetur appellare. ibid.
Non verò appellationem prosequi obligatus est, nisi in mandato procuratorio hoc expressè contineatur. ibid.n.11.
Mortuo Procuratore non simul solvatur mandatum procuratorium. ibid.

Prodigus.

Prodigus juridicè is dicitur cui interdicta bonorum suorum administratio. p.155.in fin.
Antequam talis quis evadat tria præsupponuntur. ibid.in fin.
Prodigus pacisci nequit, neque sine Curatoris consensu obligatur tantum naturaliter. ibid.in fin.
Prodigalitas & dissipatio bonorum facit locum sequestrationi judiciali. p.384.

Promissio.

Promissiones per fidem humanam non sunt vera juramenta, tamen quoad vim obligandi, & remedia rescissoria removenda, habentur pro juramentis. p.323.n.6.
Ejusdem generis sunt si promittatur bey Fürstl. Gräfflichen Adelichen Ehren / bey Christlichen trawen / und guten Glauben. p.21[illegible] n fin & cit.323.
Promissio sive obligatio minoris facta bey Adelichen Ehren und an Eydes statt / non impedit restitutionem in integrum. p.216.

Proportio.

In pœnis arrogandis attenditur proportio arithmetica. p.18.
Secundum eandem proportionem inter socios distribuitur lucrum. p.393.

Prudentia.

Prudentia alia est privata sive monastica, alia communis: illa etiam dicitur œconomica, hæc civilis seu politica in genere. p.23.
Civilis vel est Nomothetica vel politica in specie dicta, & hæc vicissim vel deliberativa & judicialis, de quibus divisionibus & subdistinctionibus fusius agitur. ibid.
Ad quam harum speciem jurisprudentia sit referenda. Vid. *Iuris prudentia.*

Publicum.

Quæ sit juris publici æquivocatio & definitio, item ex quibus illud constet principiis. Vid. *Ius.*
Publica salus effectus potius quàm finis jurisprudentiæ. p.21.
Publicarum rerum aliæ usu & patrimonio, nonnullæ usu tantùm singulis sunt publicæ. p.85.
Et publicæ censentur vel jure Gent. vel civili ibid.
Ratione causæ efficientis & finis jurisdictio dicitur publici juris. p.203

Pupillus.

An pupillus sine Tutoris authoritate pacisci possit & paciscendo obligetur. p.155.
Distinctæ ætates pupilli enumerantur. ibid.
Quando teneatur actione commodati. p.350.n.5.
Pupillus impubes non juret in litem. p.330.
Quomodo pupillus obligetur ex negotiorum gestione. p.198.n.3.

Q.

Querela inofficiosi Testamenti.

Rejectis aliis opinionibus, verius esse probatur, hanc querelam moribus initiò invaluisse, & postea legibus approbatam, atque jure prætorio ad alias etiam personas esse extensam. p.237.o.n.
Qui sint illi exheredati quibus hæc datur querela. ibid.n.3.
Quibus cognatis concedatur. ibid.
Contra Testamentum nuncupativum etiam querelæ locus est. p.238.
Non est illa propriè actio sed imploratio officii judicis. ibid.n.4.
Differentia est inter querelam inofficiosi & petitionem hereditatis. ibid n.5.
Duo tamen hæc remedia in judicio jungi possunt, non quidem simultanee, sed successivè. ibid.
Collisio diversorum principiorum in hac materia. ibid.
Competit querela liberis & parentibus nec non fratribus & sororibus, non quidem uterinis, sed tamen consanguineis, quos ab ea Wesenb. & Suth. male arcent. p.239.in fin.
An querela hæc non præparata ad heredes transmittatur. p.241.n.8.
An querela detur contra legatarium & Fiscum. ibid.n.9.
Testamentum quoad peculium castrense vel quasi castrense, an subjaceat querelæ. ibid.n.9.
Quomodo querela cum rescissoriis actionibus conferatur. ibid.
Hodie per querelam Testamentum saltem rescindi quoad institutionem, legata verò & fideicommissa manere salva probatur, simulque Bachovio dissentienti respondetur. ibid.

R.

Res.

An res sit juris civilis objectum. p.80.n.1.
Rerum summa divisio vulgaris & aliæ huic æquipollentes. ibid.n.1.
In quo sensu quædam res, nullius, aliæ sacræ nonnullæ, Religiosæ & sanctæ dicantur. ibid.
Quare portæ sint Sanctæ, & num pœna capitis in violatoribus murorum civitatis municipalis etiam obtineat. p.8.
Res humani juris quæ & quotuplices. ibid n.3.
Differentia rerum communium, & publicarum. ibid
Quinque genera rerum divinarum & humanarum. p.27.
Divisio in res divini & humani juris cur summa. p.180.
Alia rerum divisio secundum earum genera, substantiam & formam. p.83.
Divisio rerum incorporales & incorporales, JCto cum Physico est communis. ibid. & p.81.n.4.
Definiuntur illæ, simulque probatur, incorporales non esse entia rationis. p.82.
An incorporalium rerum sit dominium. ibid.
Subdividuntur corporales in mobiles & immobiles. ibid.
Res incorporales pro immobilibus quandoque haberi, variis declaratur exemplis. ibid.
Alia est rei perfectio ab ejusdem implemento. p.409.
Res omnes quæ haberi aut possideri possunt, sunt objectum emptionis venditionis. p.399.n.9.

Rescissio.

Remedium rescindens & rescissorium definitur. p.221.n.8.
Quæ sit usus utriusque remedii restitutione in integrum. Vid. *Restit. in integrum.*
Rescindi ob læsionem ultra dimidium, commune est omnibus contractibus bonæ fidei. p.410.n.6.
Quando læsio sit ultra dimidium & quodnam inspiciatur tempus. ibid.& seq.
Quomodo rescindatur emptio venditio. p.411.
Qua actione illa rescissio impetretur. ibid.
Emptio venditio metu facta rescinditur. ibid.

Responsa.

Quid sint, usus apud gentes, apud Romanos. p. 42. autoritas orta ab eruditione ex seculis ante C. N. late repetitur. p.43. Difficultates. p.44.
Cujus opera Responsa prodiisse & an factum opera Malthildæ Comitissæ an Lotharii Imperat. p.43.

Restitutio in integrum.

Cui de Jure Civili concessum in integrum restituere, & quibus hoc denegatum. p.208.
Tres sunt casus, quibus restitutioni ob errorem facti locus. ibid.
Septem generaliter sunt causæ restitutionis in integrum, eæque ita distinguuntur ut sint vel communes, vel propriæ & singulares. ibid.in fin.
Duo in omni restitutione requiruntur. p.203.
Ob rem minimam regulariter denegatur. ibid.
Subjectum Restitutionis in integrum sunt læsi; interdum quoque horum successores. ibid.n.2.
Generalis descriptio restitutionis in integrum & varia ejusdem divisio explicatur. ibid.n.5.
Collisio & conciliatio duorum jurium in principiis in integrum Restitutionis. ibid.d.p.n.5.
Metu læsum duplici judicio restituit Prætor, rescindente & rescissorio, item utriusque definitiones & requisita habentur. p.208.
De restitutione metu læsorum. Vid. *metus.*
In actione rescissoria nova quod metus causa intentata, duplex non est judicium & duplex sententia. p.209.n.6.
Datur in quadruplum, estque annalis. ibid.n.7.
Quomodo cum actione quod metus causa concurrat actio de dolo. ibid n.9.
Minores verè tales & reapsè accepti restituuntur in integrum. p.215.
Quidam minores non gaudent illo beneficio. ibid.n.3.
Quomodo hæc restitutio detur aliis ex persona minorum. ibid.
Fidejussor minoris non fruitur restitutione. ibid.
Quomodo his computetur tempus restitutionis. ibid in fin.
Generaliter tempus computandum in quibus casibus naturaliter vel actibus in quibus civiliter. p.216.
Minor ex omni gestu regulariter restituitur etiam contra sententias, quoad delicta tamen distinguitur. ibid.
An etiam, ubi simulavit se minorem. ibid.
Restitutio fit cum causæ cognitione, in qua quinque requisita occurrunt notanda, quæ exponuntur. ibid.in fin.n.6.
Restitutio talis expeditur tantum nobili Judicis officio, non per actionem, nisi in tribus casibus. p.217.n.7.
Causa ob quam Majores restituuntur in genere, dicitur justum impedimentum, quod est quadruplex. p.221.n.1.
Quomodo absens contra præsentem, & hic contra illum, ac quibus de causis restituantur. ibid.
In hac specie restitutionis duplex quoque occurrit judicium rescindens & rescissorium. ibid.n.8.
Majoribus quandoque competit restitutio in integrum contra sententiam, non vero ex solo capite ignorantiæ ipsis datur actio rescissoria ad rei hujus præscriptionem. p.222.

Retorsionis jus.

Vid. *Talionem.*

Retractus.

Retractus notatio germanica, ejusque definitio. p.411.
Usus ejus naturali juri conveniens, & apud varias gentes viguit. ibid.
Conceditur vel lege vel facto hominis, quod variis probatur exemplis. ibid.
Poema retractus gentilitii describitur. ibid.in fin.
Secuto retractu, quos fructus emptor restituere teneatur. p.412.
Quæ sit convenientia & discrepantia inter retractum gentilitium & ex conventione. ibid.

S.

Salarium.

Salarii constitutio quæ fit magistris studiorum, militibus & aliis, est proportio rei ad rem, adeoque ad commutativam refertur justitiam. p.18.
Parit etiam actionem extraordinariam. ibid.
Honorarium remunerandi causa mandatario promissum dicitur materdum salarium. p.390.
An pro mandato peti possit Salarium.
Vid *Honorarium.*

Satisdatio.

Vide *Cautio.*

Scriptura.

Scriptura non est essentia legis in genere, neque specialiter legis Romanæ. p.54.
Examinatur sententia Wesenbecii, ejusque respondetur rationibus. ibid.
Scriptura non requiritur in constitutione emphyteuseos. p.359.

Sequester, Sequestrum.

Quid sit Sequester. p.383.n.6.
Sequestri definitio, & natura. ibid.
Differt à deposito in specie tali. Item ab arresto. ibid.
Sequester non possidet. ibid.
Sequestrum aliud est conventionale, aliud Judiciale; de hoc affirmatur quod æque sit contractus ac alterum. ibid.
Regulariter sequestratio legibus est prohibita. ibid.
In certis tamen casibus datur locus. p.384.

Senatusconsultum.

Causa Senatusconsultorum examinatur. p.41.
SenatusCons. sunt leges. p.48.
Origo & sententia SCti Macedoniani. p.367.n.1.& 2.
Quæ ejus causa principalis & minus principalis. ibid.
Casus, quibus cesset exceptio SCti hujus. p.368 n.8.
Praxis SCti Macedoniani exhibetur per allegatam constitutionem Imper. Rudolphi II. ibid.
Causa introductionis SCti Velleiani. p.371.n.2.
Succurrit illud mulieribus deceptis non decipientibus, quæ sint tales exponitur. p.372.n.4.
Quandoque mulier & naturaliter & civiliter obligatur, adeoque in illis casibus non fruitur beneficio SCti. ibid.n.6.
Mulier obligationes planè alienas in se suscipiens, poterit postea per actionem restitutoriam impetrare, ut pristinæ obligationes ad veros debitores remittantur. ibid.n.8.
Quotuplex sit actio hæc restitutoria, & quando illa non necessaria. ibid.in fin.
An mulier tam pro marito quam extraneo intercedens beneficio Senatus Consult. Vell. renunciare possit, cum incidentibus quæstionibus & distinctionibus latè exponitur. p.373.n.9

Servitus. Servus.

Quatenus quædam Servitus secundum alios contra naturam. p.17.
Vox Servitutis ambigua. ibid.n.4.
Quatenus Servus sit persona, quando non. ibid.
An materia de servis hodiè utilitatem habeat. p.72.n.5.
Nunc Christiani non servis propriè talibus, sed liberis hominibus, pro ministris utuntur. p.204.n.7.
Vox servitutis aliter sumitur in tractatu personarum, aliter in tractatu rerum. p.262.n.1.
Prout de rebus sumitur, iterum duplicem habet significationem. ibid.
Definitio servitutis, quatenus est jus in re alienâ constitutum. ibid.
Et talis servitus est ex jure gentium, abisque gentibus non incognita fuit. p.263.
Quæ & quotuplex sit servitus personalis. Vid. *Ususfructus.*
Jus operarum servilium est propria servitus personalis. p.271.
Usu sylvæ legato licet & cedere & vendere ut usufructuariis. p.272.
Habitatio dici jus potest inhabitandi causa, sive facto tantum consistens. ibid. in fin.
Definitur servitus realis. p.277.n.2.
Illa duo requirit prædia, quæ tres qualitates habere debent, utilitatem, vicinitatem, & continuitatem. ibid.
Jus pomorum decerpendi rectè refertur ad servitutes personales. p.278. num.3.
Servitus realis alia est dividua alia individua. ibid.n.4.
Servitutes aliæ sunt affirmativæ aliæ negativæ. ibid.
Servitutis usus quomodo determinandus. p.285.n.4.
Quo casu servitutes non transeant in hæredes. ibid.
Conceduntur illa vel facto judicis vel privati; illo modo in judiciis divisoriis, hoc modo voluntate concedentis, per promissionem, constitutionem & acquisitionem: qui actus latè explicantur. p.178.n.5.
Ad præscriptionem servitutum Titulus non requiritur, sed patientia. p.279.
An omnes servitutes & reales & personales causam habeant continuam. p.280.
An personales tantum dicantur continuæ. ibid.
Quæ naturalia, quæ substantialia servitutis. ibid.n.9.
Servitus altiùs tollendi an & quomodo sit distincta à servitute altius non tollendi. p.282.
Aliud est lumen, alia servitus luminis, alia adhuc ne luminibus officiatur. p.283.n.4.
Fenestram an liceat quis habere in suo pariete. ibid.
Actus, iter, & via quomodo differant. p.285.n.1.
Quædam servitutes reales fieri possunt personales. ibid.n.4.
Quanto temporis spatio per non usum amittantur servitutes. pag. 287.n.6.

Syndicus.

Officium Syndici & quomodo ob aliis in universitate aliquid gerentibus differat. p.196

Συνάλλαγμα.

Synallagmata in genere significant mutuam obligationem vel permutationem. p.20.n.13.&.p.148.
Ad justitiam etiam commutativam pertinet. ex p.20.
Inest quandoque synallagma innominatis contractibus, qui tamen exinde non fiunt nominati. p.149.& 335.n.2.
Quo sensu permutatio dicatur synallagma voluntarium. p.433

Significatio.

Verbum ambiguum (sive ambivium) nominatur, quod plures significationes habet differentes. p.56.
Propria verbi significatio tribus modis discerni solet, videlicet authoritate, definitione & notatione, quæ vicissim triplex. ibid.
Impropria verbi significatio ob certas causas quandoque amplectanda. ibid.

Socius, Societas.

Societatis origo, & varia ejus divisio. p.392
Universalis & particularis societas quot modis contrahatur. ibid.n.3.
Societas universalis omnium bonorum, an tacitè constitui possit. ibid.n.4.in fin.
Materia & forma Societatis quæ. p.393.n.5 & 6.
Solutio societatis per mortem socii non est ex jure nat. vel gent. sed civilis. p.394.n.12.

Sors.

In Jure Romano sortis modus (Germanicè losen/sortiren) fuit receptus in dividundo patrimonio communi & hereditate. pag. 299 n.5.
Rem sorti committere, suâ naturâ non est illicitum, si modo fraus absit & superstitio. ibid.n.5.

Spado.

Definitio spadonis generalis & specialis. p.77.
Quæ sint thlibiæ, thlasiæ & castrati. ibid.

Sponsio.

Ambiguitas sponsionis. p.306.
Ejus definitio. ibid.
Quatenus de Jure naturali & Civili sit licita. eâd. pag.
Quomodo perficiatur, & quæ inde actiones. ibid.

Statutum.

Statuta patriæ semper probanda. p.49.
Quatenus Collegiis opificum statuta condere liceat. ibid.
Statutum hoc, ut venditiones, immobilium imprimis judiciali intervenientia traditione & cessione, etiict gerichtlichen Aufflaß/ und Verschreibunge/ solum perficiantur multis in locis viget. p.404.
An juri Saxonico idem conveniat. ibid.

Status.

Vox Status apud JCtos duplicem habet intellectum. p.66.
In speciali significatione denotat civilem conditionem personarum, secundum quam cuique jus redditur: estque triplex. ibid.
Ex hoc statu descendunt actiones præjudiciales, ut & jus personarum, quod juri rerum opponitur. ibid.
Divisio hominum ex triplici statu. ibid.

Stipulor, Stipulatio.

Stipulatio accedens contractibus b. f. manet stricti juris. p.161.n.10
Qui fundum dari stipulatur, vacuam possessionem tradi oportere stipulari dicitur. p.404.n.12.
Stipulatio est diversissima à permutatione. p.150.
Non constituit stipulatio formam permutationis. ibid.

Sors.

Per Sortem non fit divisio, quamdiu remedio ordinario locus esse potest. p.299.n.5.

Suffragium.

Contractus suffragii definitio. p.435.n.4.
Quot modis perficiatur. ibid.

Supplicium.

Vid. *Pœna.*

Syndicus.

Syndici civitatum cum habeant generalem administrationem, ut Procuratores bonorum, super re dubiâ universitatem rectè contrahunt. p.128.
Syndicus & Actor quomodo differant. p.96.
Quæ differentia inter Procuratorem specialem & Syndicum. ibid.
Syndicus originarius præferendus extraneo. ibid.
In ejus mandato an omnia nomina constituentium exprimenda. ibid.
Ratione juramenti indiget Syndicus speciali mandato. p.198 n.8.

T.

Talio.

Non est justitiæ distributivæ, sed in commutativa tantum obtinet p.10.n.12.
Talionis definitio & divisio. ibid.
Jus retorsionis est species defensionis & summa nititur æquitate. p.117.
Fundamentum probandæ retorsionis injuriarum. ibid.
Adversus civitates & dinones, ex quibus hereditates aut donata mortis causa absque detractatione obne abzug des dritten Pfennings transferri non permittunt, alias universitates jure retorsiones nientes uti. additis adhuc aliis exemplis, probatur. p.114.
In Archiep. Magdeb. fit retorsio ratione Constit. editæ ad §. de indaganda I. P. quo ad usuras si alicubi contra illam Const. debis statuitur. ibid.

Tacitum, Taceo.

Tacitum duplicem habet significationem, videlicet quatenus vel opponitur illi quod verbis & literis expressum, dicitur que in specie tacitum, vel apponitur vero, & nominatur fictum. p.154.
In quibus actibus agitur de commodo tacentis, hic illis habetur pro consentiente. p.157.
Quid statuendum si contractus in tacentis vergat præjudicium. ibid.
In constituendo Procuratore quatenus tacens pro consentiente habeatur. p.191.

Thesaurus.

Thesaurus in domo venditâ ab emptore inventus, ad eundem pertinet. p.409.

Titulus.

Tituli Etymologia & synonimia p.9.
Titulus de feriis in Pr. W elenbecii ab Academia Ducena memoratus. p.114.
Titulus de jurejurando ab eadem Academia in editione Coloniensi truncatus reperitur. p.124.n.6
Titulum ff. de origine Juris qui suis commentariis explicarunt. p.40 n.1.
Titulus de jurisdictione, cur aliter inscribatur in ff. quam in C p.108.
In Titulo ff. de in jus vocando, quid significet Jus. p.118.n.4.

Traditio.

Alia vera est alia ficta; hæc à lege intervenientes fingitur duplicitèr, vel propter consumptionem rei creditæ bona fide factam, vel per brevem manum, quæ vicissim triplex. p.314.n.12.
Ficta traditione in societate universali res acquiruntur. ibid.
Neque veram neque fictam traditionem nomina recipiunt. ibid.
Ex simplici traditione mercis venditæ, non colligitur Venditorem fidem habere de pretio. p.405.
Venditor ad traditionem rei venditæ est obstrictus. p.404.n.12
Et quidem vacuæ possessionis traditio ipsi incumbit. ibid.n.10.
Venditor tenetur factum traditionis præstare, neque præstando interesse liberatur. p.418.n.3.
Quicunque tenetur dominium transferre, is etiam præcisè cogitur tradere. ibid.

Transactio.

Verbum *transigere* accipitur dupliciter, pro finire sive expedire negotium, & interdubiam remanare, sed Transactio solum in fecundo juridico usurpatur, decisionem rei dubiæ & litigiosæ indicans. p.166.
Transactio, sententia, & juramentum ratione generis conveniunt quod est decisio, differunt verò formaliter & modo decidendi. ibid.
Reos etiam propriè transigit. ibid.
Definitio Transactionis Wesenbeciana rejicitur, datur alia eaque expontur. ibid.
Quomodo & quando transactio fiat per pactum, & contractum ibid.
Unicum habet substantiale requisitum. p.167 n.3.
Transactio alia simplex, alia fit per Aquilianam stipulationem, alia item est generalis, alia specialis. ibid.
Ad has cognoscendas quatuor notandæ regulæ. ibid in bn.
Qui possint transigere. p.168.n.4.
Objecta transactionis. p.168.n.5.
De controversiis ex testamento ortis, non nisi inspectis prius, cognitisque verbis testamenti paciscilicet. ibid.
Hinc vero inspectioni nequit renunciari. ibid.
De alimentis testamento relictis prohibita quoque transactio. p.169.
De quibus criminibus generaliter pacisci liceat, & in quibus transactio prohibita, duabus regulis exponitur. ibid.
Et Actor & Reus in capitalibus criminibus transigere possunt, etiam post litem contestatam, quod non contrariatur juri naturali. ibid.
Nec deest transactioni hujusmodi Jure Romano utilitas ibid.
Lege tamen positivâ ejusmodi transactiones prohiberi possunt. p.170.
Criminum non capitalium & pactio & transactio est prohibita. ibid.
Quæ sit vis transactionis judicialis. ibid.n.6.
Octo singulares effectus quos transactio producit, exprimuntur. ead. p.& seq.n.7 Remedia servandi transactionem. p.171.
Altero contra transactionem veniente, alterum simul & poenam petere & adigere, alterum ad transactionem servandam, posse, regulariter negatur, additis duabus limitationibus. ibid.
Ab ea poenitendo non licet recedere. p.72.
Transactiones novant præcedentem obligationem. ibid.
Dolo initam ipso jure subsistat. ibid.
Bona fide facta nunquam propter enormem læsionem possit rescindi ex l.2.C. de rescind. vend. p.173.

Tribunal.

Tribunal apud Romanos iis dicebatur locus, ubi majores Magistratus jus reddebant; Unde jus dicere & tribunali præesse illis quandoque erant synonyma. p.10.n.1.
Qui non habuerint jus sedendi in tribunali. ibid.

Turpis, Turpitudo.

Turpis persona non potest bene Notarius. p.1[illegible]
Aliud dicitur turpe civiliter, aliud naturaliter. p.115.n.[illegible]
Quando propter libidinem quid datum meretrici, accipiens & dans communi turpitudine. p.1[illegible]
Solius accipientis causa dicitur turpis dupliciter. p.333 n.3.
Depositio aliquem [illegible] late turpius est quam mutuo. [illegible]
Turpis societas ex le & ratione objecti est nulla. p.30[illegible]

Tutor.

Tutores & curatores regulariter non possunt transigere, n[illegible] certitudinem, & ubi de Juribus popularum dubitatur [illegible] num. p.1[illegible] 4.
Curatores mulierum (die Curdäter und Beyständs) quomodo a Tutoribus pupillorum differant. p.[illegible]
Tutores non cognotur præstare juramentum so literarum [illegible] quod etiam verum de juramento litis decisorio. [illegible]
Potestas dandi tutorem hodie unicuique Magistratui [illegible] juri[illegible] seu jure Magistratus competit. p.[illegible]
Cognitionem de suspecto Tutore eodem modo concessam Magistratui contra Wesenb. statuitur. [illegible]

V.

Vasallus.

Vasallus & libertus in hoc tertio conveniunt, quod uterque domi[illegible] reverentiam debeat. p.12[illegible]
Olim non licuit vasallo sine venia dominum feudi in jus vocare, quod hodie non observatur. [illegible]
Vasallus est possessor rerum immobilium adeoque audam [illegible] præstare promissionem de judicio sisti, absque cautione [illegible] toria & fidejussoria. p.[illegible]
Vasallus, lite pendente, tam decidendi quàm minuendi causâ de feudo licitè transigit, modò bona fide id faciat, & sine collusione. p.168.n.4.
Vasalli in Electoratu Saxoniæ quomodo judicialiter conveniuntur. p.[illegible]
Vasalli juramentum pertinet ad juramentum assecurationis. p.12[illegible] num.5

Venditio. Vid. Emptio, Verbum.

Verba alia sunt enunciativa vel narrativa, alia dispositiva, quæ [illegible] buntur. p.127.
Enunciativa verba licet sine pondere & mysterio proferantur, si tamen sint juramento vestita, plenam faciunt probationem & pro [illegible] spositivis habentur.
Si tamen post juramentum super verbis narrativis interpositum, allegetur errorem intervenisse, probatio in contrarium est admittenda.

Veredarius.

Veredarii (Postreuter) sunt immunes a vocatione in jus, p.130.[illegible]

Universitas.

Quid sit Universitas. p[illegible]
Quando & quibus requisitis civitates municipales condant [illegible] tuta.
An habeant jus dandi collegii die Gilden Gerechtigkeit juret [illegible] p.49.
In Electione syndici, & reliquorum quæ pertinent ad universitatem quæ talem, ita requiratur maxima pars, au tota civitas. ibid.
An universitas possit delinquere. ibid.
Antequam delicti arguatur, quæ sint prius probanda. ibid.

Vocatio in jus.

In Jus vocatio pertinet ad præparatoria Judiciorum. p.1[illegible]
Tria accurate circa Jus vocationem distinguenda. ibid.
Quænam consideranda circa vocation in in Jus. p.120.n.6.
Olim coram Prætore institutæ & dicta in jure facta, ad differentiam eorum quæ in judicio coram judice pedaneo proposita. ibid.

Quo